



Universidad
Carlos III de Madrid
www.uc3m.es

TESIS DOCTORAL

ESTRUCTURA UNITARIA DEL LEASING FINANCIERO Y SU INFLUENCIA SOBRE LOS REMEDIOS DEL USUARIO POR INCUMPLIMIENTO DEL PROVEEDOR

Autor:

MAURICIO ANDRÉS INOSTROZA SÁEZ

Directores:

MARÍA DEL PILAR PERALES VISCASILLAS (tutora)

DAVID RAMOS MUÑOZ

DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO

Getafe, junio de 2017

TESIS DOCTORAL

ESTRUCTURA UNITARIA DEL LEASING FINANCIERO Y SU INFLUENCIA SOBRE LOS REMEDIOS DEL USUARIO POR INCUMPLIMIENTO DEL PROVEEDOR

Autor : **Mauricio Andrés Inostroza Sáez**

Directores : **María del Pilar Perales Viscasillas (tutora)**
David Ramos Muñoz

Firma del Tribunal Calificador:

Firma

Presidente:

Vocal:

Secretario:

Calificación:

Getafe, de de

A mi esposa Claudia, por su amor y apoyo, sin los cuales esta tesis no habría visto la luz.

A nuestros hijos Fernando y Antonia, nacidos en Getafe gracias a esta tesis.

A mi madre Patricia y mi hermana Natalia, mujeres excepcionales, mi familia de origen.

A mis directores Pilar y David, por su paciencia, disposición y erudito consejo.

INDICE

Índice de abreviaturas.	1
1.- Introducción.	3

CAPÍTULO I ASPECTOS GENERALES DEL LEASING FINANCIERO

2.- Clasificación del leasing.	7
2.1.- Leasing financiero y leasing operativo.	7
2.2.- Leasing mobiliario y leasing inmobiliario.	13
2.3.- Leasing directo y leasing indirecto.	14
2.4.- Leasing público y leasing privado.	15
2.5.- Leasing nacional y leasing internacional.	16
2.6.- Leasing de goce y leasing traslativo.	17
2.7.- Otras clasificaciones.	19
3.- Definición de leasing financiero.	21
4.- Breves comentarios sobre el origen y evolución del leasing financiero.	22
5.- Ventajas y desventajas atribuidas al leasing financiero.	24
6.- Denominación de la operación y de sus partes.	27
7.- Las partes de la operación.	30
7.1.- La empresa de leasing.	30
7.2.- El usuario.	32
7.3.- El proveedor.	33
8.- Los dos contratos que (en la concepción bipartita) conforman la operación.	33
9.- El contrato de compraventa.	33
10.- El contrato de leasing financiero propiamente dicho.	34
10.1.- Características.	34
10.1.1.- Carácter atípico. El rol de la autonomía de la voluntad.	34
10.1.2.- Carácter consensual.	39
10.1.3.- Carácter mercantil.	40
10.1.4.- Contrato de adhesión.	41
10.2.- Elementos objetivos.	42
10.2.1.- El bien.	43
10.2.2.- El precio.	45
10.2.3.- El plazo.	46
10.2.4.- La opción de compra.	47
10.3.- Su discutida naturaleza jurídica dicha.	50
10.3.1.- Tesis del arrendamiento.	52
10.3.2.- Tesis italiana del mandato sin representación.	55
10.3.3.- Tesis de la compraventa de bienes muebles a plazo.	58
10.3.4.- Tesis del negocio fiduciario.	64
10.3.5.- Tesis del préstamo.	55
10.3.6.- Tesis del contrato de financiación atípico.	66
10.3.7.- Valoración global.	72

CAPÍTULO II

ANÁLISIS CRÍTICO DE LA CONCEPCIÓN BIPARTITA

11.- Introducción. El leasing financiero como operación económica trilateral.	75
---	----

Sección I

Configuración de la estructura bipartita

A. En el ordenamiento español: Un supuesto caso de conexión contractual

12.- Aspectos generales.	77
13.- La noción de conexión contractual.	80
14.- Requisitos mínimos de la conexión contractual y su aplicación al leasing financiero.	81
14.1.- Existencia de dos o más contratos.	81
14.1.1.- Aspectos generales.	81
14.1.2.- La causa como elemento para determinan la existencia de uno o más contratos.	82
14.1.3.- Discutible aplicación del criterio de la causa en el leasing financiero.	84
14.2.- Nexos funcionales entre los contratos que se califican como conexos.	86
14.2.1.- Criterios planteados para establecer la conexión funcional.	86
14.2.2.- Aplicación de los criterios de conexión en el leasing financiero.	91
14.2.3.- Carácter discutible de los criterios de conexión en el leasing.	94
15.- Efectos atribuidos a la conexión contractual y su aplicación al leasing financiero.	98
15.1.- Interpretación conjunta de los contratos conexos.	99
15.2.- Propagación de la ineficacia de uno de los contratos sobre los demás.	100
15.3.- La acción directa.	102
15.4.- Litis consorcio pasivo necesario.	106
16.- Contradicciones entre conexión contractual y efecto relativo del contrato.	110

B. La concepción bipartita en algunos instrumentos que regulan el leasing financiero

17.- Uniform Commercial Code (UCC) de Estados Unidos.	117
17.1.- Aspectos generales del UCC.	117
17.2.- Definición de leasing financiero.	119
17.3.- Normativa aplicable al leasing financiero.	122
17.4.- Concepción de leasing financiero adoptada en el UCC.	124
18.- Convención Unidroit sobre arrendamiento financiero internacional (CUAFI).	125
18.1.- Aspectos generales de la Convención.	125
18.2.- Objeto y propósitos de la Convención.	127
18.3.- Definición de leasing financiero.	128
18.4.- Concepción de leasing financiero adoptada en la Convención.	131
19.- Ley modelo Unidroit de leasing (LMUL).	133
19.1.- Aspectos generales de la ley modelo.	133
19.2.- Definición de leasing financiero.	136
19.3.- Concepción de leasing financiero adoptada en la ley modelo.	136

20.- Anteproyecto de Código Mercantil (ACM).	138
20.1.- Aspectos generales del Anteproyecto.	138
20.2.- Definición de leasing financiero.	139
20.3.- Concepción de leasing financiero adoptada en el Anteproyecto.	141

Sección II

La legitimación del usuario contra el proveedor en la concepción bipartita

21.- Aspectos generales.	142
22.- Las cláusulas de exoneración y subrogación.	143
22.1.- La cláusula de exoneración.	143
22.1.1.- Contenido y justificación.	143
22.1.2.- Calificación.	146
22.1.3.- Licitud.	147
22.1.4.- Requisitos exigidos por la doctrina para su validez. Crítica.	151
22.1.5.- La cláusula de irrevocabilidad e independencia.	155
22.2.- La cláusula de subrogación.	159
22.2.1.- Contenido y justificación.	159
22.2.2.- Calificación mayoritariamente propuesta: subrogación convencional.	162
22.2.3.- El leasing financiero no calza con el supuesto de hecho de la subrogación	164
22.2.4.- Conflictos con el requisito formal de la subrogación convencional.	169
22.2.5.- Efecto injustificadamente amplio atribuido a la cláusula.	171
22.2.6.- El amplísimo efecto atribuido a la cláusula confunde la subrogación con la cesión de contrato y/o con la cesión de crédito.	175
22.2.7.- El amplísimo efecto atribuido a la cláusula no es real.	181
22.2.8.- Otros efectos de la subrogación convencional.	191
22.2.9.- (Des)protección de los intereses del usuario en la concepción bipartita.	194
23.- La acción directa derivada de la conexión contractual.	198
24.- La acción directa de carácter legal.	200
24.1.- Aspectos generales.	200
24.2.- Uniform Commercial Code de Estados Unidos.	201
24.2.1.- La exoneración de la empresa de leasing.	201
24.2.2.- La irrevocabilidad e independencia (<i>hell or high water clause</i>).	203
24.2.3.- La acción directa de la sección 2A-209. Aspectos generales.	206
24.2.4.- Acciones del usuario y excepciones del proveedor.	209
24.3.- Convención Unidroit sobre arrendamiento financiero internacional.	212
24.3.1.- La exoneración de la empresa de leasing.	212
24.3.2.- La acción directa del art. 10.	215
24.3.3.- Las acciones del usuario en el art. 12.	220
24.4.- Ley modelo Unidroit de leasing.	227
24.4.1.- Exoneración de la empresa de leasing. Irrevocabilidad e independencia.	227
24.4.2.- La acción directa del art. 7.1.	229
24.4.3.- La limitación del art. 7.2.	232
24.5.- Anteproyecto de Código Mercantil.	233
24.5.1.- La exoneración de la empresa de leasing.	233
24.5.2.- La acción directa del art. 576-2.	233

CAPÍTULO III

LA CONCEPCIÓN UNITARIA

25.- Aspectos generales.	237
26.- Explicación de la operación desde la óptica unitaria.	241
27.- Antecedentes a favor de la unidad contractual.	243
27.1.- La autonomía de la voluntad permite la celebración de contratos plurilaterales no asociativos.	243
27.2.- La pluralidad documental no implica necesariamente pluralidad contractual.	245
27.2.1.- Referencia al momento de perfeccionamiento del contrato trilateral.	248
27.3.- La operación constituye una unidad económica y jurídica.	250
27.4.- Existe una relación jurídica entre usuario y proveedor.	254
27.4.1.- El pacto previo entre usuario y proveedor.	254
27.4.2.- El proveedor cumple respecto del usuario sus obligaciones de vendedor	263
27.4.3.- Calificación de la relación jurídica.	267
27.4.4.- Efecto de la relación jurídica en la legitimación del usuario contra el proveedor.	271
27.5.- La operación de leasing financiero tiene una causa única.	275
27.5.1.- Dualidad de causas en la concepción bipartita.	275
27.5.2.- Unidad de causa en la concepción unitaria.	277
27.5.3.- Diferencias entre ambos enfoques.	281
27.6.- La concepción unitaria es coherente con el principio de efecto relativo del contrato.	283
28.- Obligaciones de las partes en base a la estructura unitaria.	284
28. 1.- Obligaciones del proveedor.	284
28.1.1.- Obligaciones frente a la empresa de leasing.	284
28.1.2.- Obligaciones frente al usuario.	287
28.1.3.- Referencia especial a la obligación de entregar el bien al usuario.	288
28.1.4.- Riesgos asumidos por el proveedor.	294
28.2.- Obligaciones del usuario.	294
28.2.1.- Obligaciones frente a la empresa de leasing.	294
28.2.2.- Obligaciones frente al proveedor.	296
28.2.3.- El rechazo del bien por parte del usuario.	298
28.2.4.- La aceptación del bien por parte del usuario.	300
28.2.5.- Riesgos asumidos por el usuario.	308
28.2.6.- Diferencia de enfoque respecto de los riesgos asumidos por el usuario.	311
28.3.- Obligaciones de la empresa de leasing.	314
28.3.1.- Obligaciones frente al usuario.	314
28.3.2.- Obligaciones frente al proveedor.	317
28.3.3.- Riesgos asumidos por la empresa de leasing.	318
29.- Conclusiones parciales. Planteamiento de una tesis.	319

CAPÍTULO IV
INFLUENCIA DE LA CONCEPCIÓN ADOPTADA EN LOS REMEDIOS DEL
USUARIO POR INCUMPLIMIENTO DEL PROVEEDOR

30.- Aspectos generales.	321
--------------------------	-----

Sección I

Acción de cumplimiento

31.- Pretensiones integrantes de la acción de cumplimiento.	322
32.- La pretensión de entrega del bien. Legitimación activa y pasiva.	323
33.- La pretensión de sustitución del bien.	330
34.- La pretensión de reparación del bien.	333
35.- La pretensión de cumplimiento por equivalente.	335
36.- Legitimación pasiva.	337
37.- Acción de cumplimiento derivada del pacto previo entre usuario y proveedor.	339
38.- Acción de cumplimiento del usuario contra la empresa de leasing.	339

Sección II

Acciones de saneamiento

39.- Saneamiento de la evicción.	342
40.- Saneamiento de vicios ocultos.	347
40.1.- Aspectos generales.	347
40.2.- Legitimación del usuario.	348
40.3.- Referencia al problema de los plazos de prescripción. Doctrina del <i>aliud pro alio</i> .	354

Sección III

Acción resolutoria

41.- Legitimación activa del usuario para demandar la resolución.	356
41.1.- En la concepción bipartita.	356
41.1.1.- Resolución del contrato de compraventa.	356
41.1.2.- Resolución del contrato de leasing propiamente dicho.	360
41.2.- En la concepción unitaria.	366
42.- Legitimación pasiva.	373
43.- Extensión de la resolución.	376
44.- Efectos de la resolución.	381
44.1.- La restitución del bien.	382
44.2.- La restitución del precio.	384
44.3.- La restitución de las cuotas pagadas por el usuario.	385

Sección IV

Acción indemnizatoria de daños y perjuicios

45.- Legitimación activa del usuario.	388
45.1.- Acción indemnizatoria y acción de cumplimiento.	388
45.2.- Acción indemnizatoria y acciones de saneamiento.	391
45.3.- Acción indemnizatoria y acción resolutoria.	391

45.4.- Acción indemnizatoria ejercitada de forma autónoma.	398
46.- Naturaleza jurídica de las acciones indemnizatorias ejercitadas por el usuario.	401
47.- Daños indemnizables al usuario.	403
48.- Valoración anticipada y limitación de los daños indemnizables mediante cláusula penal.	407
49.- Responsabilidad extracontractual.	414
49.1.- Por parte del usuario contra la empresa de leasing y/o el proveedor.	414
49.2.- Por parte del usuario contra terceros.	415
49.3.- Por parte de terceros contra el usuario.	417
50.- Conclusiones.	419
Bibliografía.	435
Índice de jurisprudencia.	450
Índice de legislación.	456

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

ACM	:	Anteproyecto de Código Mercantil de España.
AELR	:	Asociación Española de Leasing y Renting.
CC	:	Código Civil. Salvo explicitación en contrario, se refiere al CC español.
CdeC	:	Código de Comercio. Salvo explicitación en contrario, se refiere al CdeC español.
CNUCCIM	:	Convención de Naciones Unidas sobre contratos de compraventa internacional de mercaderías.
CUAFI	:	Convención Unidroit sobre arrendamiento financiero internacional.
DGRN	:	Dirección General de los Registros y del Notariado.
LEC	:	Ley de Enjuiciamiento Civil de España.
LIS	:	Ley de impuesto sobre sociedades.
LMUL	:	Ley modelo Unidroit sobre leasing.
LVPBM	:	Ley de venta a plazo de bienes muebles.
PDCE	:	Principios de Derecho Contractual Europeo.
PUCCI	:	Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales.
STS	:	Sentencia del Tribunal Supremo de España.
TRLGDCU	:	Texto refundido de la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios.
TUB	:	Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, de Italia.
SCCI	:	Sentencia de la Corte de Casación de Italia.
UCC	:	Uniform Commercial Code de Estados Unidos.

1.- INTRODUCCIÓN.

Bajo la denominación “leasing” suele ampararse un conjunto muy heterogéneo de esquemas contractuales, lo que hace prácticamente imposible dar una noción que los cobije a todos. Dentro de tales categorías este trabajo se centrará en el denominado “leasing financiero”, que se caracteriza por la intervención de una empresa de leasing cuya función es intermediar entre quien necesita dar salida a sus productos en el mercado (proveedor) y quien los requiere para su proceso productivo (usuario). Dicha intermediación se traduce en que la empresa de leasing adquiere el bien del proveedor y permite su utilización por parte del usuario, recuperando de éste el precio que pagó al proveedor, el que se divide en un número determinado de cuotas, a las que se agrega la carga financiera y otros ítems. De esta manera se formalizan dos contratos: uno por medio del que la empresa de leasing adquiere el bien al proveedor, y otro por medio del que la empresa de leasing consiente al usuario la utilización del mismo bien a cambio de la restitución del precio de la forma antes expuesta.

La operación así configurada tiene características muy especiales, entre las que destaca la función eminentemente financiera de la empresa de leasing, para cuya concreción busca que los problemas relativos al bien sean resueltos directamente entre proveedor y usuario. Este último será quien asuma los riesgos que dicen relación con el bien, mientras que la empresa de leasing sólo asume el riesgo de impago de las cuotas.

Esta intervención de carácter financiero se consigue de distintas formas, dependiendo de si el ordenamiento respectivo regula o no la operación. En los países como España, donde en la actualidad el leasing financiero no es regulado sustantivamente, se introducen para este fin dos cláusulas típicas en los contratos de leasing: una por medio de la que la empresa de leasing se exonera de las obligaciones que se supone le corresponden como cedente del uso del bien al usuario, y otra por medio de la que subroga a éste en los derechos y acciones que como adquirente del bien le corresponden contra el proveedor, de manera que sea el usuario quien ejercite directamente los remedios correspondientes. Por su parte, los ordenamientos que sí regulan positivamente la operación persiguen el mismo objetivo mediante normas equivalentes a las ya referidas cláusulas. De esta manera, habrá una norma por medio de la que se exonera a la empresa de leasing de las obligaciones que se supone le corresponden frente al usuario, y otra norma por medio de la que éste resulta legitimado para ejercitar directamente contra el

proveedor los remedios del contrato de adquisición que éste último suscribió con la empresa de leasing.

Como puede apreciarse, las soluciones se plantean sobre la base de la existencia de dos contratos: uno de adquisición y otro de financiación (denominado contrato de leasing propiamente dicho). Este esquema, al que en lo sucesivo denominaré “concepción bipartita”, plantea una serie de problemas de carácter dogmático y práctico que serán analizados en el Capítulo II.

Habida cuenta de dichos problemas, se propone en el Capítulo III analizar la operación desde una perspectiva que en España ha sido apenas insinuada, pero que ha sido seguida con algo más de decisión por un sector de la doctrina y la jurisprudencia italianas. Ella consiste en interpretar de manera conjunta e integradora los dos actos jurídicos que en la práctica se suscriben (contrato de adquisición y contrato de leasing propiamente dicho), de donde se puede desprender la existencia de una sola estructura económico-jurídica de prestaciones recíprocas que dan lugar a una sola relación contractual de carácter trilateral amparada bajo una causa única de financiación. De esta forma, no se considera la existencia de sólo dos relaciones jurídicas (proveedor-empresa de leasing y empresa de leasing-usuario), sino de tres, ya que a las anteriores se agrega el vínculo entre usuario y proveedor, que se propone calificar como una relación jurídica de naturaleza contractual de carácter atípico, pero asimilable por analogía a la que existe entre un comprador y un vendedor. Este esquema contractual será denominado en lo sucesivo “concepción unitaria”.

La principal consecuencia de la concepción unitaria consiste en que la legitimación del usuario para dirigirse contra el proveedor no deriva de las cláusulas contractuales de exoneración/subrogación ni de normas que establezcan efectos análogos, sino de su calidad de contraparte contractual. La influencia de esta legitimación directa en los remedios que el usuario puede ejercitar por incumplimiento del proveedor será objeto de estudio en el Capítulo IV.

Además de lo anterior, y a modo de introducción al estudio de la operación, se expondrán en el Capítulo I los aspectos generales del leasing financiero en España. Con el objeto de facilitar la comprensión de la figura, este análisis se hará en la forma en que tradicionalmente se ha hecho, es decir, bajo el esquema de la concepción bipartita.

A fin de delimitar el objeto de estudio, se hace presente que el análisis se hará sobre la base del leasing financiero entre empresarios (excluyéndose, en consecuencia, aquel que

involucra a consumidores), de carácter mobiliario (sin perjuicio de que gran parte del análisis es aplicable al leasing inmobiliario, se excluye el análisis de los problemas registrales y otros que son propios de las operaciones sobre bienes raíces), de carácter privado (se excluye, por tanto, el leasing utilizado en el sector público), nacional e internacional (haciendo la salvedad de que se excluye el análisis de los aspectos aduaneros, administrativos y fiscales que son propios de este último). En cuanto al contrato por medio del que la empresa de leasing adquiere el bien, se estudiará preferentemente el supuesto típico, es decir, aquel en que la empresa de leasing *compra* el bien al proveedor, sin perjuicio de hacer las necesarias referencias a otras formas de adquisición en su caso.

De la muy variada problemática que ofrece el leasing financiero, el trabajo se centra en los *aspectos contractuales*, excluyendo, por consiguiente, los aspectos fiscales, los contables, los concursales y los relativos a los derechos reales sobre el bien. Dentro de los problemas contractuales del leasing financiero, se ha tomado como problema de investigación la determinación de los remedios del usuario en caso de que el proveedor no cumpla las obligaciones que le corresponden como vendedor del bien.

A partir de lo anterior se propone como hipótesis de trabajo que el leasing financiero tiene una estructura unitaria, y que dicha estructura permite resolver el problema de investigación de mejor manera que la concepción bipartita, por no presentar las deficiencias dogmáticas y prácticas de ésta, y responder mejor a los intereses de las partes y a los efectos que se busca conseguir con la operación.

En cuanto a la metodología, se ha empleado la hermenéutica jurídica tradicional, con fuerte presencia del método inductivo en el Capítulo III, que permitirá construir una estructura unitaria, con causa única, a partir de los elementos presentes en los clausulados contractuales y de la forma en que la doctrina y la jurisprudencia han venido configurando los efectos propios del leasing financiero. Una vez configurado el esquema general, en el Capítulo IV se aplica un método deductivo, con la finalidad de aplicar la estructura unitaria a los remedios del usuario por incumplimiento del proveedor, y demostrar que la concepción unitaria responde mejor que la bipartita a las necesidades de las tres partes. Sin perjuicio de lo anterior, a lo largo de todo el trabajo se aplicará un análisis comparativo entre las soluciones a que se ha llegado en los ordenamientos que no regulan el leasing financiero (singularmente España e Italia), de aquellos que sí lo hacen. Para este efecto se tomarán como punto de comparación las reglamentaciones proporcionadas por el *Uniform*

Commercial Code de Estados Unidos (por ser el ordenamiento donde nació la figura y que la ha regulado de forma más exhaustiva) y por los instrumentos de Derecho Uniforme emanados de Unidroit (Convención sobre arrendamiento financiero internacional de 1988 y ley modelo de leasing de 2008). Sin perjuicio de lo anterior, se tomará también como base de análisis la reglamentación propuesta para la operación en el Anteproyecto de Código Mercantil español.

Por último, se hace presente que en el desarrollo del trabajo se utilizará el sistema de citas tradicional, tanto en lo que respecta a las fuentes doctrinales y jurisprudenciales españolas y extranjeras. En este sentido merece la pena mencionar que respecto de las sentencias de Estados Unidos no se utilizará el sistema de citas del *blue book*, por no resultar familiar al lector español, sino que se singularizarán las sentencias por la denominación en que se les puede ubicar en las bases de datos de jurisprudencia (generalmente el nombre de las partes), el Tribunal y la fecha de la respectiva sentencia.

CAPÍTULO I

ASPECTOS GENERALES DEL LEASING FINANCIERO

2.- CLASIFICACIÓN DEL LEASING.

2. 1.- Leasing financiero y leasing operativo.

El leasing financiero, que constituye el objeto de esta investigación, tiene un íter negocial bastante especial que, en resumen, se desarrolla de la siguiente manera: Una empresa que necesita utilizar determinado bien en su proceso productivo selecciona tanto el bien específico como el proveedor del mismo en el mercado.¹ Una vez que el futuro usuario opta por financiar la operación mediante leasing (y, en consecuencia, desecha otras alternativas de financiación²), se dirige a una empresa especializada en este tipo de servicios,³ la que comprará⁴ el bien al proveedor y obtendrá del usuario la restitución del precio pagado (al que se añade la carga financiera y los impuestos aplicables) dividido en

¹ Si bien lo más común es que sea el futuro usuario quien tome la iniciativa contractual, en la práctica han aparecido algunas formas de leasing financiero en que la iniciativa es tomada por el proveedor, que acuerda con una empresa de leasing ofrecer sus productos a través de ella mediante esta fórmula. Así sucede con el denominado leasing a través de vendedor, o *leasing convenzionato* (que se analizará *infra* N° 2.7), y en aquellos casos en que la empresa de leasing forme parte del mismo grupo económico que el proveedor, o simplemente se trate de una empresa creada por el proveedor para financiar la venta de sus productos. Debe advertirse, eso sí, que fuera de algunas diferencias, la mecánica contractual en estos casos es la misma que en el leasing financiero a iniciativa del usuario. Ver al efecto *infra* N° 27.4.1, 28.1.2 y 28.2.2.

² Entre estas alternativas pueden mencionarse la autofinanciación, la financiación mediante crédito bancario, la compra a plazos o el arrendamiento, tanto en su forma pura o bajo la modalidad de leasing operativo. Respecto de la valoración de las alternativas existentes al momento de optar por el leasing financiero, ver CHULIA VICENT Eduardo y BELTRÁN ALANDETE, Teresa, *Aspectos jurídicos de los contratos de leasing*. Bosch, Barcelona, 1989, p. 25-27; ROJO AJURIA, Luis, *Leasing mobiliario*. Tecnos, Madrid, 1987, p. 34-38.

³ En la práctica la empresa de leasing suele exigir que el usuario eleve una solicitud de leasing y aporte determinados documentos respecto del bien, del proveedor y de la situación contable y financiera del usuario, en base a los cuales la empresa de leasing evaluará la conveniencia comercial de la operación. Ver GARCÍA GARNICA, María del Carmen, *El régimen jurídico del leasing financiero inmobiliario en España*. Aranzadi, Navarra, 2001, p. 93.

⁴ Como se verá más adelante, lo usual será que la empresa de leasing compre al proveedor el bien, pero no hay que descartar otras figuras contractuales que puedan servir al mismo fin.

un número de cuotas que se corresponde con el lapso de tiempo en que el usuario necesita utilizar el bien, confiriéndole asimismo el derecho para que una vez pagadas todas las cuotas pueda optar por la restitución del bien, la celebración de un nuevo contrato de leasing o la adquisición del bien por medio del pago del denominado “valor residual”. Como puede apreciarse, en la operación intervienen tres sujetos (proveedor, empresa de leasing y usuario) y documentalmente se suscriben dos contratos: el de *compraventa*, celebrado entre el proveedor y la empresa de leasing, y el de *leasing financiero* propiamente dicho, celebrado entre la empresa de leasing y el usuario.

En el leasing operativo, en cambio, sólo intervienen dos sujetos (el usuario y la empresa de leasing, que suele ser fabricante o distribuidor del bien) y se materializa un solo contrato, el de leasing operativo, en virtud del cual la empresa de leasing cede al usuario el uso del bien por determinado tiempo, a cambio de una retribución, razón por la que este contrato ha sido calificado como un arrendamiento tradicional.⁵

⁵ BELTRÁN ALANDETE, Teresa, *La responsabilidad por vicios ocultos en los contratos de “leasing”*. En La Ley, 1987-1, p. 663 y 668; BURGOS PÉREZ DE ANDRADE, Gumersindo, *El contrato de leasing financiero*. En AA.VV., “Contratos Bancarios y Financieros”, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, p. 360; CANO RICO, José Ramón, *Manual práctico de contratación mercantil*, 5º ed., T.II. Tecnos, Madrid, 2002, p. 249; CHULIA VICENT y BELTRÁN ALANDETE, ob. cit., p. 18 y 20; CORBO, Nicola, *Autonomia privata e causa di finanziamento*. Giuffrè, Milano, 1990, p. 171-172; DE LA CUESTA RUTE, José María, *Reflexiones en torno al “leasing”*. En Revista de Derecho Mercantil, año 1970, N° 118, p. 536-537; DE PRADA GONZÁLEZ, José María, *Observaciones en torno a algunas cláusulas de los contratos de leasing*. En AA.VV., “Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo”, Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, Consejo General del Notariado, Madrid, 1988, vol. II, p. 642; DI FORTUNATO, Marco, *Vizi della cosa e tutela dell'utilizzatore nel leasing finanziario*. En Rivista Giuridica Sarda, año 2012, vol. 1, p. 10, Nota N° 6; FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, María Cristina, *El leasing frente al pacto comisorio: su vulneración por la modificación que la ley 1/2000 ha introducido en la Ley de ventas de bienes muebles a plazos*. En Revista de Derecho Mercantil, año 2001, N° 239, p. 207; GARCÍA SOLÉ, Fernando, *El leasing en la práctica mercantil. Aspectos generales*. En Cuadernos de Derecho y Comercio, n° 40, diciembre 2003, p. 283; GONZÁLEZ VÁSQUEZ, José Carlos, *Contrato de arrendamiento financiero o leasing*. En AA.VV., “Contratos Mercantiles”, J.M. de la Cuesta Rute (dir.) y E. Valpuesta Gastaminza (coord.), Bosch, Barcelona, 2009 (2º edición), Tomo II, p. 1.286; GUTIÉRREZ GILSANZ, Andrés, *Defensa del usuario en el leasing financiero mobiliario*. Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 2003, p. 34; IMBRENDA, Mariassunta, *Il leasing finanziario. Trilateralità funzionale ed equilibrio del rapporto*. Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2005, p. 13; REAL PÉREZ, Alicia, *El incumplimiento del proveedor en el marco de la relación jurídica de leasing. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 26 de febrero de 1996 (E.A. Núm. 1.264)*. En Revista de Derecho Privado, mayo 1998, p. 400, Nota N° 16; RODRÍGUEZ-ROVIRA, Eduardo, *Incumplimiento de la obligación de entrega en los contratos de leasing. Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 26 de septiembre de 1992*. En Revista de Derecho Bancario y Bursátil, N° 52, octubre-diciembre 1993, p. 1.172; ROJO AJURIA, ob. cit. (*Leasing mobiliario*), p. 24; ROJO AJURIA, Luis, *La responsabilidad por la entrega, vicios ocultos y pérdida de la cosa en el arrendamiento financiero (leasing)*. En Actualidad Civil, N° 29, semana 14-20 de julio de 1986, p. 2.023; SANTOS SÁNCHEZ, María Luisa, *Algunos aspectos del leasing o arrendamiento financiero, con especial referencia a las relaciones jurídicas entre los distintos intervinientes de esa operación*

Entre leasing financiero y operativo hay notables diferencias,⁶ entre las que se puede mencionar: **A)** En el primero interviene una entidad financiera (de allí su nombre) que intermedia entre el proveedor y el usuario,⁷ mientras que en el leasing operativo el contrato es celebrado directamente entre la empresa de leasing y usuario;⁸ **B)** En el leasing financiero es el usuario quien elige tanto el bien específico como el proveedor del que la empresa de leasing deberá adquirirlo para el solo efecto de permitir al usuario que lo utilice, mientras que en el leasing operativo el usuario debe elegir de entre un “parque” de bienes que la empresa de leasing ha fabricado o adquirido previamente para este fin;⁹ **C)** El

cuando recae sobre bienes muebles (*leasing financiero mobiliario*). En AA.VV., “Contratos Bancarios y Financieros”, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, p. 473; VARA DE PAZ, Nemesio, *Naturaleza y régimen jurídico del contrato de leasing*. En Revista de Derecho Bancario y Bursátil, N° 84, octubre-diciembre 2001, p. 194, según quien el leasing operativo puede dar lugar a un arrendamiento con opción de compra o, si es utilizado como medio de promoción de ventas, puede tener la naturaleza de compraventa a plazos; SAP de Cantabria de 15 de enero de 1997 (AC 1997/102); SAP de Barcelona de 12 de mayo de 1995 (AC 1995/1142); SAP de Santa Cruz de Tenerife de 26 de septiembre de 1992; STS de 10 de abril de 1981 (RJ 1981/1532); DGRN, Resolución N° 1797/2005, de 29 de enero.

⁶ Ver cuadro comparativo de ambas figuras en ROJO AJURIA, ob. cit. (*Leasing mobiliario*), p. 25. Ver también DE LA CUESTA RUTE, ob. cit. (*Reflexiones...*), p. 536, que prefiere denominar *leasing* (sin apelativo) al denominado mayoritariamente *leasing financiero*, habida cuenta de que existen tantas diferencias con el denominado leasing operativo que el autor estima erróneo considerar ambos tipos de leasing como especies de un mismo género.

⁷ Ver STS de 4 de diciembre de 2007 (RJ 2008/42), cuyo Fundamento de Derecho Segundo aclara que en el leasing financiero la empresa de leasing no produce el bien, sino que lo adquiere de un tercero. Ver también STS de 30 de abril de 1991 (RJ 1991/3115), donde la participación de la empresa financiera fue calificada por el Tribunal como un elemento esencial del contrato, por lo que su ausencia en el caso determinó la inexistencia de la operación de leasing.

⁸ CHULIA VICENT y BELTRÁN ALANDETE, ob. cit., p. 35; DE LA CUESTA RUTE, ob. cit. (*Reflexiones...*), p. 536-537 y 539; DI FORTUNATO, ob. cit., p. 10; GARCÍA SOLÉ, ob. cit. (*El leasing en la práctica...*), p. 283; GONZÁLEZ VÁSQUEZ, ob. cit., p. 1.286; GRISAFI, Raffaella, *La legittimazione ad agire del detentore danneggiato e il regime della responsabilità civile nel contratto di leasing*. En La Responsabilita Civile, N° 10-2012, p. 796; MEDINA DE LEMUS, Manuel, *Contrato de renting*. En AA.VV., “Jornadas sobre productos financieros actuales”, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1994, p. 82; REAL PÉREZ, ob. cit. (*El incumplimiento...*), p. 400, Nota N° 16; VARA DE PAZ, ob. cit., p. 194.

⁹ DE LA CUESTA RUTE, ob. cit. (*Reflexiones...*), p. 534, 536 y 538, aunque el autor considera que en el leasing operativo el arrendador es el sólo fabricante del bien, y no el empresario que adquiere bienes para darlos en arriendo, supuesto que cree más propio del *renting* (que, en todo caso, estima sustancialmente idéntico al leasing operativo desde el punto de vista jurídico); GARCÍA SOLÉ, Fernando, *Leasing. Acción directa del usuario frente al proveedor. Comentario a la STS (Sala 1ª) de 23 de abril de 1991*. En La Ley, 1994-1, p. 537; GARCÍA SOLÉ, ob. cit. (*El leasing en la práctica...*), p. 265 y 283. Ver también KRONKE, Herbert, *Financial leasing and its unification by Unidroit*. En “General Reports of the XVIIIth Congress of the International Academy of Comparative Law”, Karen B.

precio que debe pagar el usuario en el leasing financiero comprende el precio que pagó la empresa de leasing al proveedor en virtud del contrato de compraventa, más otros cargos (carga financiera e impuestos que graven la operación), y se suele dividir en cuotas con el solo objeto de facilitar al usuario el pago, por lo que cada cuota no constituye la contraprestación del uso del bien durante el período correspondiente. En el leasing operativo, en cambio, cada cuota corresponde al valor que en el mercado se asigna al uso del bien por el período correspondiente, más otras cargas;¹⁰ D) El leasing financiero se celebra por un plazo irrevocable (ya que sólo con el pago de todas las cuotas la empresa de leasing recuperará el precio del bien que pagó al proveedor), mientras que en el leasing operativo el usuario puede desistir del contrato antes de finalizado el plazo;¹¹ E) En el leasing financiero la actuación de la empresa de leasing se limita a financiar la operación, por lo que traslada todos los riesgos del bien al usuario (salvo, obviamente, el riesgo financiero, que es el único asumido por la empresa de leasing), quien podrá reclamar directamente al proveedor cualquier incumplimiento relativo al bien. En el leasing operativo, en cambio, es la empresa de leasing quien soporta los riesgos.¹²

Brown y David V. Snyder (Editores), Springer, London (New York), 2012, p. 323, quien puntualiza que en el leasing operativo la empresa de leasing invierte teniendo en cuenta elementos como el precio de compra, la amortización, el margen de beneficios derivado del conjunto de rentas de leasing que obtendrá de un determinado número de períodos de arrendamiento a un determinado número de arrendatarios. Expresando la misma idea, pero desde el punto de vista del leasing financiero, BRESLAUER, Peter, *Finance lease, hell or high water clause, and third party beneficiary theory in article 2A of the Uniform Commercial Code*. En *Cornell Law Review*, vol. 77-2, 1992, p. 323, refiriéndose al requisito de la sección 2A-102(1)(g)(ii) UCC expresa que en este tipo de leasing el concedente no opera con bienes que tenga previamente en su inventario.

¹⁰ DE LA CUESTA RUTE, ob. cit. (*Reflexiones...*), p. 534-536; NARDI, Sandro, *Risarcimento del danno da mancato godimento della cosa concessa in leasing*. En *La Responsabilità Civile*, 4-2012, p. 292, Nota N° 2; KRONKE, ob. cit., p. 323, quien precisa que el leasing operativo el usuario busca utilizar un bien relativamente nuevo sin tener que incurrir en el precio total de compra.

¹¹ GARCÍA SOLÉ, ob. cit. (*El leasing en la práctica...*), p. 283; GONZÁLEZ VÁSQUEZ, ob. cit., p. 1.286.

¹² CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, José Luis, *Derecho de contratos*. Bosch, Barcelona, 2003, p. 333-334; DE LA CUESTA RUTE, ob. cit. (*Reflexiones...*), p. 535-537; GARCÍA SOLÉ, ob. cit. (*El leasing en la práctica...*), p. 283; GONZÁLEZ VÁSQUEZ, ob. cit., p. 1.286; REAL PÉREZ, ob. cit. (*El incumplimiento...*), p. 400, Nota N° 16; UNIDROIT, *Draft convention on international financial leasing, as adopted by a Unidroit committee of governmental experts on 30 April 1987, with explanatory report prepared by the Unidroit Secretariat*. Disponible en <http://www.unidroit.org/english/documents/1987/study59/s-59-48-e.pdf> Consulta: 21 de enero de 2017, p. 25; STS de 19 de enero de 2000 (RJ 2000/139); SAP de Barcelona de 12 de mayo de 1995 (AC 1995/1142), que declaró abusiva una cláusula de exoneración de responsabilidad de la empresa de leasing en un contrato de leasing operativo, señalando expresamente que dicha

En relación con las figuras antes vistas han aparecido otras. Así, muy emparentado con el leasing financiero se encuentra la operación de *sale and lease-back*, leasing de retorno,¹³ o *lease-back*, en virtud de la cual una entidad de arrendamiento financiero cede el uso con opción de compra de un bien a un usuario a cambio de una renta periódica, con la particularidad de que la empresa de leasing no adquiere el bien de manos de un tercero, sino del propio usuario.¹⁴ Ciertamente se trata de una figura atípica,¹⁵ que es más común en el ámbito inmobiliario que en el mobiliario,¹⁶ y respecto de la que se ha discutido si es o no una especie de leasing financiero. Algunos autores,¹⁷ e incluso el Tribunal Supremo,¹⁸ han optado por la afirmativa, aunque otros autores, con razón a mi juicio, acercan esta

cláusula es propia del leasing financiero; SAT de Valencia de 2 de diciembre de 1986 (RAJ 1986/7157); STS de 10 de abril de 1981 (RJ 1981/1532).

¹³ Esta denominación es mayoritariamente utilizada en Italia (BUONOCORE, Vincenzo, *La locazione finanziaria*. En AA.VV., “Trattato di Diritto Civile e Commerciale”, Antonio Cicu, Francesco Messineo, Luigi Mengoni y Piero Schlesinger (dir.), Giuffrè, Milano, 2008, p. 37), aunque también se utiliza ocasionalmente en España (FLORES DOÑA, María de la Sierra, *El leasing financiero internacional en el Tratado Unidroit*. En Cuadernos de Derecho y Comercio, N° 40, diciembre 2003, p. 175). Por su parte, BELTRÁN ALANDETE, ob. cit., p. 668; CHULIA VICENT y BELTRÁN ALANDETE, ob. cit., p. 37; GONZÁLEZ VÁSQUEZ, ob. cit., p. 1.287; PETIT SEGURA, Miguel Ángel, *El “leasing” inmobiliario: Su relación con el Convenio UNIDROIT (Ottawa 1988)*. En Noticias de la Unión Europea, N° 114, julio 1994, p. 85 hablan de “leasing de retro”, denominación que es utilizada en el art. 2.2.2º y 4 letra d) de la Orden Ministerial de 19 de julio de 1999, que aprueba la Ordenanza para el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles. En similar sentido, CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, ob. cit., p. 336 y VARA DE PAZ, ob. cit., p. 194 hablan de “retroleasing”.

¹⁴ CAMERA DI COMMERCIO DI MILANO, *Raccolta provinciale degli usi*. Disponible en http://www.mi.camcom.it/c/document_library/get_file?uuid=09741bd1-6731-47ee-88cf-0ef441cc28c0&groupId=10157 Consulta: 12 de febrero de 2015, p. 554; GONZÁLEZ VÁSQUEZ, ob. cit., p. 1.287; PACHECO CAÑETE, Matilde, *El contrato de lease-back*. Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 18ss.

¹⁵ STS de 2 de febrero de 2006 (RJ2006/494), aunque destaca las referencias que algunas leyes hacen a esta figura; STS de 20 de noviembre de 1999 (RJ 1999/8615).

¹⁶ BELTRÁN ALANDETE, ob. cit., p. 668; MANZANO SOLANO, Antonio, *Sobre la naturaleza jurídica del leasing o arrendamiento financiero*. En Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, N° 611, julio-agosto 1992, p. 1.790; PACHECO CAÑETE, ob. cit., p. 23.

¹⁷ BUITRAGO RUBIRA, José Ramón, *Leasing financiero: incumplimiento del usuario en la ley 1/2000*. En Cuadernos de Derecho y Comercio, n° 34, abril 2001, p. 123; GARCÍA GARNICA, ob. cit. (*El régimen jurídico...*), p. 162; PACHECO CAÑETE, ob. cit., p. 24ss.

¹⁸ STS de 2 de febrero de 2006 (RJ2006/494); STS de 20 de noviembre de 1999 (RJ 1999/8615).

figura a un mutuo con cesión de la propiedad en garantía,¹⁹ tesis que también ha sido avalada por el Tribunal Supremo, que ha sancionado casos de simulación en que el usuario no busca la financiación del uso o adquisición del bien, sino la financiación económica necesaria para el desarrollo de su actividad, lo que hace calificar el contrato como un préstamo.²⁰

Asimismo, en relación con el leasing operativo está la figura del *renting*, que ha sido definido como un contrato por el que un sujeto jurídico se obliga a ceder temporalmente a otro el uso de un bien y, simultáneamente, a prestar ciertos servicios vinculados al mantenimiento y reparación respecto del referido bien, mediante el pago de una renta fija como contraprestación.²¹ Para algunos el *renting* es una especie de leasing operativo,²² mientras que otros lo califican derechamente como un arrendamiento común,²³ frente a los cuales están quienes estiman el contrato como atípico y mixto.²⁴

¹⁹ CORBO, ob. cit., p. 217; DE PRADA GONZÁLEZ, ob. cit., p. 644; DÍAZ ECHEGARAY, José Luis, *El contrato de leasing*. En AA.VV., “Contratos mercantiles”, Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), Aranzadi, Cizur Menor, 2004 (2º edición), p. 710; FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, ob. cit., p. 207; GARCÍA GARNICA, ob. cit. (*El régimen jurídico...*), p. 165, Nota Nº 363; GONZÁLEZ VÁSQUEZ, ob. cit., p. 1.287; PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, José Luis, *Arrendamientos mercantiles*. En AA.VV., “Derecho Mercantil”, Guillermo Jiménez Sánchez (coord.), Marcial Pons, Madrid, 2010 (14ª edición), Tomo II, p. 596; VARA DE PAZ, ob. cit., p. 194.

²⁰ STS de 17 de julio de 2001 (RJ 2001/6860). Ver también STS de 16 de mayo de 2000 (2000/5082) y STS de 10 de febrero de 2005 (2005/1405), las que, no obstante, muestran un criterio bastante contradictorio, ya que luego fallar en el sentido que se indica (expresando que lo importante en el leasing financiero es la necesidad del usuario de utilizar el bien, y no la necesidad de recibir dinero, lo que constituye la diferencia entre el leasing financiero y un préstamo), terminan diciendo que el *lease-back* es una especie de leasing financiero, que no se da en el caso de autos. Ver también STS de 13 de marzo de 1995 (RJ 1995/2422).

²¹ HORTA CORREIA RAMÍREZ, Paulo Nuno, *El contrato de renting (análisis jurídico en el contexto de los actuales instrumentos de financiación)*. Coimbra, Salamanca, 2009, p. 43. Por su parte, MEDINA DE LEMUS, ob. cit., p. 86 lo define como un contrato consensual, bilateral, oneroso y conmutativo por el cual una de las partes, empresario de *renting*, concedente o arrendador, se obliga a ceder a otra, usuario o arrendatario, el uso de un bien por tiempo determinado, generalmente corto o muy corto, a cambio del pago de una cuota periódica, siendo de cuenta del arrendador el mantenimiento del bien cedido en perfectas condiciones de uso. Asimismo, la SAP de Almería de 23 de diciembre de 2016 (JUR 2017/87686) lo define como “el contrato por el que una de las partes (el arrendador empresarial) se obliga a ceder a otra parte (el arrendatario empresarial) el uso de un bien de utilización empresarial por tiempo determinado y contra el pago de un precio normalmente expresado en términos de cuota de arrendamiento periódica, pero quedando a cargo del arrendador (y éste es el rasgo distintivo fundamental respecto del leasing operativo) las prestaciones (más o menos amplias, según lo pactado) propias del mantenimiento del bien cuyo uso se cede en las condiciones de utilización más perfectas.”

²² BELTRÁN ALANDETE, ob. cit., p. 668; DÍAZ ECHEGARAY, ob. cit., p. 709-710, quien hace sinónimas ambas denominaciones; FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, ob. cit., p. 207; STS de 19 de enero de 2000 (RJ 2000/139). Ver también la SAP de Almería de 23 de diciembre de 2016 (JUR

Las clasificaciones expuestas en los próximos numerales están referidas al leasing financiero.

2. 2.- Leasing mobiliario y leasing inmobiliario.

Esta clasificación se hace en función de la naturaleza del bien que es objeto de leasing.

Respecto del leasing inmobiliario existen varias posibilidades: A) Compra por la sociedad de leasing de un inmueble ya construido para cederlo al usuario; B) Compra de un inmueble ya construido al futuro usuario y posterior arrendamiento financiero al mismo (*lease-back*); C) Adquisición de un terreno a un tercero por parte de la empresa de leasing para la construcción del inmueble indicado por el usuario y posterior arrendamiento financiero a éste; D) Adquisición de un solar por parte de la empresa de leasing al usuario para la construcción del inmueble indicado por éste y posterior arrendamiento financiero al mismo usuario.²⁵

Hay algunas diferencias entre los bienes muebles y los inmuebles que pueden influir en el contrato. Por ejemplo, que los bienes muebles suelen tener una vida útil mucho más reducida que la de los inmuebles (por lo que la duración del contrato suele ser menor); suelen causar un importante riesgo de obsolescencia tecnológica que es ajeno a los inmuebles; por regla general, van perdiendo valor por el transcurso del tiempo, mientras que los inmuebles, también por regla general, se revalorizan por el paso del tiempo; los

2017/87686), que distingue dos clases de renting: “el renting configurado como leasing operativo, en el que el arrendador suele asumir las obligaciones de aseguramiento, mantenimiento y reparación del bien; y el renting de mediación, donde el arrendador suele encomendar la entrega y el mantenimiento, que asume el suministrador a favor al arrendatario, en ocasiones exonerándose aquel de esas responsabilidades. En estos supuestos, si el contrato incluye una opción de compra, estaremos ante un leasing financiero simulado.”

²³ DE LA CUESTA RUTE, ob. cit. (*Reflexiones...*), p. 537-539, agregando que desde el punto de vista jurídico no presenta diferencias con el leasing operativo; GARCÍA SOLÉ, ob. cit. (*El leasing en la práctica...*), p. 284; GONZÁLEZ VÁSQUEZ, ob. cit., p. 1.286 y 1.329; GUTIÉRREZ GILSANZ, ob. cit., p. 34; MEDINA DE LEMUS, ob. cit., p. 81-85, aunque reconoce “notables afinidades” con el leasing operativo, señala diferencias entre ambos; RODRÍGUEZ-ROVIRA, ob. cit., p. 1.172; VARA DE PAZ, ob. cit., p. 194; DGRN, Resolución N° 1797/2005, de 29 de enero.

²⁴ HORTA CORREIA RAMÍREZ, ob. cit., p. 162ss.

²⁵ CHULIA VICENT y BELTRÁN ALANDETE, ob. cit., p. 36-37; GARCÍA SOLÉ, ob. cit. (*El leasing en la práctica...*), p. 279 y 280; REAL PÉREZ, ob. cit. (*El incumplimiento...*), p. 403, Nota N° 22; STS de 30 de junio de 1993 (RJ 1993/5336), con referencia sólo a las alternativas singularizadas en las letra A) y C).

inmuebles están sujetos a un sistema de registro de propiedad que no rige por regla general para los bienes muebles. Estas y otras diferencias pueden provocar el surgimiento de problemas propios de cada una de las categorías que no se presenten en la otra,²⁶ lo que ha llevado a algunos autores a aconsejar un tratamiento separado de ambas modalidades²⁷ o incluso a negar la calificación de leasing financiero al que recae sobre inmuebles.²⁸ No obstante lo anterior, se puede apreciar que la estructura de la operación es la misma en los dos casos, por lo que no se ve fundamento lo suficientemente sólido para negar idéntica naturaleza a ambas modalidades de leasing financiero.²⁹ De hecho, la definición de la disposición adicional tercera de la ley 10/2014,³⁰ que se verá más adelante, ampara tanto el leasing mobiliario como el inmobiliario.

2. 3.- Leasing directo y leasing indirecto.

Varios autores se refieren a esta clasificación, pero no hay consenso en cuanto al criterio a utilizar para distinguir ambas especies. Así, algunos hablan de leasing directo cuando la empresa de leasing es también fabricante del bien, y de leasing indirecto en caso

²⁶ Ver CORBO, ob. cit., p. 215-216; REAL PÉREZ, ob. cit. (*El incumplimiento...*), p. 402-403. Por su parte, GUTIÉRREZ GILSANZ, ob. cit., p. 31, agrega que el problema de los derechos del usuario frente al proveedor por incumplimiento de éste (que es objeto de este trabajo) es propio del leasing mobiliario, opinión con la que no concuerdo, por entender que es un problema común a ambas categorías de leasing. En este último sentido, ver GARCÍA GARNICA, ob. cit. (*El régimen jurídico...*), p. 195ss, que trata este problema como uno general a ambos tipos de leasing; GARCÍA SOLÉ, ob. cit. (*El leasing en la práctica...*), p. 281; LÓPEZ FRÍAS, Ana, *Los contratos conexos. Estudio de supuestos concretos y ensayo de una construcción doctrinal*. Bosch, Barcelona, 1994, p. 108.

²⁷ ROJO AJURIA, ob. cit. (*Leasing mobiliario*), p. 68.

²⁸ CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, *La naturaleza del "leasing" o arrendamiento financiero y el control de las condiciones generales*. En Anuario de Derecho Civil, enero-marzo 1982, p. 72-73; CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, *La configuración del arrendamiento financiero (leasing) por la ley de 29 de julio de 1988, en la jurisprudencia y en el convenio sobre leasing internacional*. En Anuario de Derecho Civil, julio-septiembre 1991, p. 987, según el cual en el caso del leasing inmobiliario se tratará frecuentemente de una compraventa a plazos.

²⁹ En el mismo sentido, DE PRADA GONZÁLEZ, ob. cit., p. 643; GARCÍA GARNICA (ob. cit. (*El régimen jurídico...*), p.185ss; GONZÁLEZ VÁSQUEZ, ob. cit., p. 1.287; LÓPEZ FRÍAS, ob. cit. (*Los contratos conexos...*), p. 108 y 117, Nota N° 139; MANZANO SOLANO, ob. cit., p. 1.788 y 1.807; VARA DE PAZ, ob. cit., p. 194; STS de 30 de abril de 1998 (RJ 1998/3335).

³⁰ Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, publicada en el B.O.E. de 27 de junio de 2014.

contrario.³¹ Otros autores hacen la distinción en función de la parte que toma la iniciativa para la celebración del contrato, de manera que si dicha iniciativa parte del usuario (quien elige el bien y el proveedor y luego se dirige a la empresa de leasing a proponer la celebración del contrato), estaríamos en el supuesto del leasing directo, mientras que en el caso contrario (es decir, cuando el proveedor se dirige a la empresa de leasing para que ofrezca a sus clientes el bien bajo la modalidad de leasing financiero) estaríamos en el supuesto del leasing indirecto.³² Finalmente, otros autores hacen la distinción según la existencia o inexistencia de una relación jurídica (contractual o precontractual) entre el proveedor y el usuario, relación que es previa a la celebración del contrato de leasing.³³

2. 4.- Leasing público y leasing privado.

El Estado puede intervenir en el mercado incentivando la utilización del leasing por parte de los privados, principalmente a través de beneficios fiscales o el establecimiento de condiciones contractuales más favorables que permitan el desarrollo de una determinada zona geográfica o bien de un determinado sector de la economía.³⁴

Sin embargo, en otras ocasiones puede intervenir directamente como parte en las operaciones de leasing, caso en el que se habla de leasing público, que la doctrina separa

³¹ CAMERA DI COMMERCIO DI MILANO, ob. cit., p. 553; NARDI, ob. cit. p. 292, Nota N° 2, que hace sinónimos leasing operativo y leasing directo; ROJO AJURIA, ob. cit. (*Leasing mobiliario*), p. 40, para quien el leasing directo calza más con la estructura del leasing operativo, y el leasing indirecto con la del leasing financiero.

³² CHULIA VICENT y BELTRÁN ALANDETE, ob. cit., p. 39; FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, ob. cit., p. 206; GARCÍA GARNICA (ob. cit. (*El régimen jurídico...*), p. 92; GONZÁLEZ VÁSQUEZ, ob. cit., p. 1.286.

³³ REAL PÉREZ, Alicia, *El leasing: "Un contrato complejo y atípico, regido por sus específicas estipulaciones y de contenido no uniforme."* (Comentario a la STS Sala 1ª, de 26 de junio de 1989. AC núm. 995/1989, pág. 3.471. RA núm. 4.786/1989). En Poder Judicial, N° 19, septiembre 1990, p. 243; REAL PÉREZ, Alicia, *"Leasing": relación proveedor-concedente-usuario. Resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento. Daños y perjuicios indemnizables.* En Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, N° 26, abril-agosto 1991, p. 505-506; REAL PÉREZ, ob. cit. (*El incumplimiento...*), p. 404; GUTIÉRREZ GILSANZ, ob. cit., p. 33. Ver también CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, ob. cit., p. 334; GONZÁLEZ VÁSQUEZ, ob. cit., p. 1.286 y STS de 26 de junio de 1989 (RJ 1989/4786), que mezclan este criterio con el de la iniciativa contractual, expuesto anteriormente.

³⁴ Esta es la función usual del Estado en la materia, que la doctrina italiana ha denominado "*leasing agevolato*". Ver al efecto, CORBO, ob. cit., p. 173; IMBRENDA, ob. cit. (*Il leasing...*), p. 49. Sin embargo, se debe dejar constancia de la inexistencia de acuerdo en torno a la denominación, ya que hay autores que hacen sinónimas las expresiones "*leasing agevolato*" y "*leasing promocional*", que se verá en seguida. En este último sentido, BUONOCORE, ob. cit., p. 36.

en dos modalidades: *Promocional*, en la que el ente público actúa como sociedad de leasing, con la finalidad de intentar superar o corregir desequilibrios económicos, o bien favorecer el desarrollo económico de un determinado sector de la economía o de una determinada región del territorio;³⁵ y *de utilización*, en la que el ente público actúa como usuario que contrata con una empresa de leasing privada.³⁶

En España se reconoce la modalidad *de utilización* en el art. 9 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la ley de contratos del sector público.³⁷

2. 5.- Leasing nacional y leasing internacional.

Estaremos frente a un leasing internacional cuando los intervinientes en la operación estén vinculados a Estados diferentes. El elemento para determinar la internacionalidad podrá ser establecida en base a cualquiera de los puntos de conexión utilizados en Derecho Internacional Privado (nacionalidad, domicilio, etc.). Al respecto, el art. 3.1 de la Convención Unidroit sobre leasing financiero internacional, suscrita en Ottawa el 28 de mayo de 1988 (en adelante CUAFI) dispone que el leasing tendrá la calidad de internacional cuando la empresa de leasing y el usuario tengan sus establecimientos en Estados diferentes.

Aparte de los factores que comúnmente llevan a las partes a celebrar un contrato de leasing, en el caso del leasing internacional existen otros, tales como la necesidad de buscar una legislación fiscal más favorable o un tipo de cambio más favorable,³⁸ aprovechar mejores condiciones de inversión en un país o evitar las malas condiciones de otro,³⁹ eludir

³⁵ CHULIA VICENT y BELTRÁN ALANDETE, ob. cit., p. 38; IMBRENDA, ob. cit. (*Il leasing...*), p. 49.

³⁶ BELTRÁN ALANDETE, ob. cit., p. 669; CHULIA VICENT y BELTRÁN ALANDETE, ob. cit., p. 38; IMBRENDA, ob. cit. (*Il leasing...*), p. 49, que denomina a esta fórmula “leasing público”, como opuesto al “leasing promocional”.

³⁷ Publicado en el B.O.E. de 16 de noviembre de 2011.

³⁸ CHULIA VICENT y BELTRÁN ALANDETE, ob. cit., p. 37; BRAZIL, ob. cit., p. 38; CUMING, Ronald, *Legal regulation of international financial leasing: The 1988 Ottawa Convention*. En *Arizona Journal on International and Comparative Law*, vol. 7.1, 1989, p. 44-45.

³⁹ BRAZIL, Patrick, *Unidroit rules on international financial leasing – draft to reality*. En *Corporate & Business Law*, vol. 1 (1988), p. 38.

restricciones al control de cambio o la importación de bienes,⁴⁰ o acceder a un mercado más amplio para la reventa del bien por parte de la empresa de leasing si el bien le es restituido.⁴¹

Modalidades del leasing internacional son el *cross border leasing*,⁴² o financiación de proyectos internacionales,⁴³ y el *double dip*, que persigue aprovechar los beneficios fiscales tanto en el Estado de la empresa de leasing como en el del proveedor, situación que sólo es posible cuando las legislaciones de ambos Estados son diferentes.⁴⁴

2. 6.- Leasing de goce y leasing traslativo.

Esta clasificación ha sido formulada por la Corte de Casación italiana mediante varias sentencias dictadas en un mismo día.⁴⁵

El leasing de goce se daría en aquellos casos en que usuario y empresa de leasing prevén al momento de celebrar el contrato que la utilidad económica del bien se agotará al momento de terminar la relación contractual, de lo que se derivan varias consecuencias: que la finalidad del usuario no es adquirir la propiedad del bien, sino obtener el goce del mismo durante el término contractual; que las cuotas de leasing remuneran el uso del bien; que la opción de compra juega en este caso un papel absolutamente marginal; y que este tipo de leasing constituye un contrato de ejecución continuada, lo que a su vez tiene consecuencias en el supuesto de resolución por incumplimiento del usuario, caso en que se le aplica la irretroactividad de los efectos de la resolución que es propia de dicha clase de contratos, por lo que la empresa de leasing no debería restituir al usuario las cuotas ya cobradas.

⁴⁰ CUMING, ob. cit., p. 45; WANG, Lei, *A legal analysis of financial leasing*. En Cross-Cultural Communication, vol. 7, N° 2, 2011, p. 133.

⁴¹ CUMING, ob. cit., p. 45.

⁴² BRAZIL, ob. cit., p. 38 utiliza la expresión *cross-border leasing* como sinónima de leasing internacional. Por su parte, BELTRÁN ALANDETE, ob. cit., p. 668 y CABANILLAS SÁNCHEZ, ob. cit. (*La configuración...*), p. 989 estiman que el *cross-border leasing* constituye una especie de leasing internacional.

⁴³ CHULIA VICENT y BELTRÁN ALANDETE, ob. cit., p. 37-38.

⁴⁴ BRAZIL, ob. cit., p. 38-39; CHULIA VICENT y BELTRÁN ALANDETE, ob. cit., p. 38; CUMING, ob. cit., p. 44-45.

⁴⁵ SCCI de 13 de diciembre de 1989 (5569, 5570, 5571, 5572, 5573 y 5574).

El leasing traslativo, en cambio, se daría en aquellos casos en que usuario y empresa de leasing prevén al momento de celebrar el contrato que el bien conservará un valor residual importante al momento de terminar la relación contractual, por lo que al usuario le convendrá adquirir la propiedad por el precio de la opción de compra, que será notablemente inferior al valor económico del bien. En base a ello se deduce que el valor de las cuotas de leasing no constituye la contraprestación por el goce del bien, sino una parte del precio de compra. Como consecuencia importante de este tipo de leasing, en el caso de resolución por incumplimiento del usuario la Corte de casación estima aplicable las normas de la compraventa con reserva de la propiedad, que establecen la retroactividad de los efectos de la resolución, debiendo, en consecuencia, la empresa de leasing restituir al usuario las cuotas ya cobradas.⁴⁶

Si bien esta clasificación ha tenido cierto éxito en la jurisprudencia de la Corte de Casación italiana, se le ha criticado sosteniendo que las cuotas de leasing no representan la contraprestación por el goce ni el anticipo de precio de una adquisición futura, sino que tiene una función de reembolso del financiamiento otorgado por la empresa de leasing, más la utilidad que ésta debe recibir por la inversión;⁴⁷ que el leasing financiero tiene una causa de financiamiento, que no es identificable con otras figuras típicas y que no muta en función de la presunta voluntad de las partes determinada en base a un criterio de difícil identificación en la práctica;⁴⁸ que la diferencia fundamental entre ambas figuras

⁴⁶ SCCI de 13 de diciembre de 1989 (5569, 5570, 5571, 5572, 5573 y 5574); BUONOCORE, ob. cit., p. 16-17 y 129-130; CHINDEMI, Domenico, *Trilateralità del contratto di leasing e riduzione del contratto ad equità senza ricorrere all'applicazione dell'art. 1526 C.C.* En *Responsabilità civile e previdenza*, año 1994, p. 189-192; GORGONI, Marilena, *Credito al consumo e "leasing" traslativo al consumo*. En *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, año 1992, N° 4, p. 1.137.1.138; IMBRENDA, *Leasing*. En Mariassunta Imbrenda y Francesca Carimini, "Leasing e lease back", parte de "Trattato di Diritto Civile del Consiglio Nazionale del Notariato", Pietro Perlingieri (dir.), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2008, p. 143-147.

⁴⁷ CHINDEMI, ob. cit. (*Trilateralità...*), p. 192; CHINDEMI, Domenico, *Nota ad App. Milano, 11.10.1994*. En *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, año 1995, Parte I, p. 732-733; GORGONI, Marilena, *Sulla qualificazione giuridica del leasing*. En *Rivista italiana del leasing e dell'intermediazione finanziaria*, 1993, N° 2, p. 479-480, quien agrega que esta función de las cuotas de leasing no resulta alterada por el hecho de que la duración del contrato sea inferior a la vida económica del bien, por lo que si el usuario en el leasing traslativo no desea adquirir la propiedad del bien por una suma irrisoria debe tenerse como un hecho excepcional que no altera la naturaleza del contrato; GORGONI, ob. cit. (*Credito...*), p. 1.140-1.141.

⁴⁸ CHINDEMI, ob. cit. (*Nota...*), p. 733; CLARIZIA, Renato, *La locazione finanziaria*. G. Giappichelli Editore, Torino, 1996, p. 238-240.

(posibilidad más o menos previsible de que el usuario adquiriera la propiedad) se diluye cuando en el leasing de goce el usuario ejercita la opción de compra, por lo que ambas figuras podrían ser distinguidas sólo en un momento inicial, pero no cuando el contrato haya sido ejecutado;⁴⁹ que en la práctica las hipótesis de leasing de goce son teóricas, siendo el leasing traslativo el supuesto típico;⁵⁰ que como el contrato de leasing es predispuesto por la empresa de leasing, ésta tenderá a otorgarle una función de goce para así beneficiarse de la normativa que la Corte de Casación estima aplicable a esta categoría.⁵¹

2. 7.- Otras clasificaciones.

Aparte de las anteriores, se han elaborado otras clasificaciones y categorías, entre las que se puede mencionar:

- A. *Leasing de amortización total y leasing de amortización parcial.* En el primer caso las cuotas periódicas cubren la totalidad de los costes de inversión realizada por la empresa de leasing, de manera que el precio asignado a la opción de compra es simbólico. En el segundo caso, en cambio, las cuotas son más bajas, por lo que no alcanzan a satisfacer dichos costes, de manera que el déficit se carga al propio usuario al ejercer la opción de compra (que, por lo tanto, tendrá un valor mucho más elevado que en el leasing de amortización total), o bien se absorbe por medio de la venta a un tercero o de un nuevo contrato de leasing.⁵²

⁴⁹ GORGONI, ob. cit. (*Credito...*), p. 1.139.

⁵⁰ CHINDEMI, ob. cit. (*Trilateralità...*), p. 193; CHINDEMI, ob. cit. (*Nota...*), p. 732; GORGONI, ob. cit. (*Credito...*), p. 1.142, quien observa que en las dos especies de leasing se produce un efecto traslativo: en el leasing traslativo mediante el ejercicio de la opción de compra; en el leasing de goce porque el usuario ha disfrutado toda la utilidad que puede prestar el bien durante su vida útil, pagando su precio a través de las cuotas de leasing. Por su parte, DI FORTUNATO, ob. cit., p. 17 opina que dado que el objeto del contrato es un bien de rápida obsolescencia, el usuario raramente tiene la intención de convertirse en propietario, sino de utilizarlo en su proceso productivo.

⁵¹ CHINDEMI, ob. cit. (*Trilateralità...*), p. 193, quien explica que como la Corte de Casación estima aplicable al leasing de goce la irretroactividad de los efectos de la resolución en los contratos de ejecución continuada, en caso de producirse tal resolución la empresa de leasing no debería restituir al usuario las cuotas de leasing percibidas, beneficio del que no gozaría en el supuesto de leasing traslativo.

⁵² CORTÉS, Luis Javier, *Contratos Bancarios (I)*. En AA.VV., "Curso de Derecho Mercantil", Rodrigo Uría, Aurelio Menéndez, Aranzadi-Civitas, Cizur Menor, 2007 (2º edición), Tomo II, p. 546-547; GONZÁLEZ VÁSQUEZ, ob. cit., p. 1.288.

- B. *Leasing de consumo*, que es aquel en que el usuario tiene la calidad de consumidor. A partir de la definición de leasing financiero proporcionada por la disposición adicional tercera de la ley 10/2014 y de su antecesora disposición adicional séptima de la ley 26/1988,⁵³ se ha discutido si el ordenamiento jurídico español contempla o no esta posibilidad.⁵⁴
- C. *Leasing apalancado* o *leveraged lease*, que es aquel en que la empresa de leasing financia con capitales propios únicamente una parte del total, cubriendo el resto con créditos obtenidos de terceros a su vez financiadores.⁵⁵
- D. *Leasing convenzionato* o *leasing a través de vendedor*. Se trata de una modalidad algo distinta a la del leasing financiero tradicional, ya que si en éste la iniciativa contractual viene de parte del usuario, en la figura a que ahora me refiero la iniciativa proviene del proveedor,⁵⁶ que celebra un contrato marco con una empresa de leasing en virtud del cual esta última se compromete a adquirir bienes del primero para darlos en leasing financiero a los usuarios que designados por el proveedor.⁵⁷ La misma dinámica puede observarse en los casos en que la empresa de leasing forme parte del mismo grupo económico que el proveedor, o simplemente se trate de una empresa creada por el proveedor para financiar la venta de sus productos. Fuera de esta diferencia, el proceso de formación

⁵³ Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito, publicada en el B.O.E. de 30 de julio de 1988 (derogada).

⁵⁴ Ver *infra* N° 10.2.1.

⁵⁵ BELTRÁN ALANDETE, ob. cit., p. 668; CHULIA VICENT y BELTRÁN ALANDETE, ob. cit., p. 39; CORBO, ob. cit., p. 173-174; FLORES DOÑA, ob. cit., p. 203; SCHROTH, Peter, *Financial leasing of equipment in the law of the United States*. En *Uniform Law Review*, UNIDROIT, N° 2011-1/2, p. 443; UNIDROIT, ob. cit. (*Draft convention...*), p. 27, donde se expresa que este tipo de leasing está contemplado en el art. 14 CUAFL, punto avalado por CUMING, ob. cit., p. 46, Nota N° 27 y FLORES DOÑA, ob. cit., p. 203.

⁵⁶ Se debe tener presente que algunos autores califican este supuesto como leasing indirecto, según se expuso *supra* N° 2.3.

⁵⁷ CORBO, ob. cit., p. 173; DE NOVA, Giorgio, *Il contratto di leasing. Con sentenze ed altri materiali*. Giuffrè, Milano, 1995 (3ª edición), p. 36-37; IMBRENDA, ob. cit. (*Il leasing...*), p. 99-100; IMBRENDA, ob. cit. (*Leasing...*), p. 98-99; PURCARO, Dario, *La locazione finanziaria. Leasing*. CEDAM, Padova, 1998, p. 61; SÁNCHEZ-PARODI PASCUA, José Luis, *Leasing financiero mobiliario*. Montecorvo, Madrid, 1989, p. 172, Nota N° 17, quien reconoce éste como un caso de leasing trilateral.

contractual se desarrolla de la misma forma que en un leasing financiero convencional.⁵⁸

- E. *Subleasing*, que se daría en aquellos casos en que el usuario da en leasing el bien a un tercero.⁵⁹

3.- DEFINICIÓN DE LEASING FINANCIERO.

En el ordenamiento jurídico español existe una definición de leasing financiero en la disposición adicional tercera de la ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, ya citada, según la cual *“tendrán la consideración de operaciones de arrendamiento financiero aquellos contratos que tengan por objeto exclusivo la cesión del uso de bienes muebles o inmuebles, adquiridos para dicha finalidad según las especificaciones del futuro usuario, a cambio de una contraprestación consistente en el abono periódico de cuotas. Los bienes objeto de cesión habrán de quedar afectados por el usuario únicamente a sus explotaciones agrícolas, pesqueras, industriales, comerciales, artesanales, de servicios o profesionales. El contrato de arrendamiento financiero incluirá necesariamente una opción de compra, a su término, en favor del usuario”*. Esta definición es prácticamente idéntica a la que contenía la disposición adicional séptima de la ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de la Entidades de Crédito,⁶⁰ ya citada, derogada por la ley 10/2014, razón por la que siguen teniendo valor los comentarios hechos respecto de la disposición derogada.

La doctrina ha sido prolífica en definiciones, pudiendo observarse diferencias derivadas de la opción que se adopte respecto de la naturaleza jurídica de la operación.⁶¹

⁵⁸ PURCARO, ob. cit. (*La locazione...*), p. 61. Ver *infra* N° 27.4.1, 28.1.2 y 28.2.2.

⁵⁹ BUONOCORE, ob. cit., p. 32-36. Este tipo de leasing está expresamente contemplado en la sección 2A(1)(w) UCC, el art. 2 CUAFI y el art. 2 LMUL.

⁶⁰ La única diferencia entre ambas definiciones es que la ley 10/2014 habla de *“abono periódico de cuotas”*, mientras que la ley 26/1988 hablaba de *“abono periódico de las cuotas a que se refiere el número 2 de esta disposición”*, referencia que debía entenderse hecha al N° 3 del texto original de la ley 26/1988, derogado por la ley 43/1995, de impuesto sobre sociedades, que en realidad trasladó su texto al apartado N° 3 de su art. 128, y que actualmente se contiene en el art. 106 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, sobre impuesto de sociedades, publicada en el B.O.E. de 28 de noviembre de 2014 (en adelante, LIS).

⁶¹ Se pueden ver algunas definiciones en CHULIA VICENT y BELTRÁN ALANDETE, ob. cit., p. 20; DÍAZ ECHEGARAY, ob. cit., p. 708-709; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, José Antonio, *Los contratos de leasing y factoring*. En AA.VV., *“Lecciones de Derecho Bancario y Bursátil”*, Fernando Zunzunegui (coord.), Colex, Madrid, 2001, p. 308; GONZÁLEZ VÁSQUEZ, ob. cit., p. 1.282;

Por su parte, el Tribunal Supremo ha definido el leasing financiero como una “figura mediante la cual el arrendador financiero, siguiendo las indicaciones del arrendatario, adquiere de un tercero o proveedor determinados bienes dedicados a usos industriales, comerciales, o de servicios, y, manteniendo su propiedad, los pone a disposición de éste para su uso con arreglo al ámbito de sus actividades productivas, empresariales o profesionales, a cambio del abono de determinadas prestaciones periódicas mientras dura el arrendamiento –en las que se distinguen las cuotas de amortización del bien y los intereses imputables a la carga financiera- concediendo una opción de compra a favor del arrendatario, que éste puede ejercitar en el plazo estipulado o al término del contrato, por la cantidad fijada como valor residual del bien”.⁶²

4.- BREVES COMENTARIOS SOBRE EL ORIGEN Y EVOLUCIÓN DEL LEASING FINANCIERO.

El origen de este tipo de contratación se encuentra en Estados Unidos y su auge se produjo después de la Segunda Guerra Mundial.⁶³ En 1952 se fundó la *United States Leasing Corporation*, con un capital de U\$20.000, que en muy poco tiempo logró un notable éxito, alcanzando en 1967 operaciones por el valor de U\$1.350.000.000.⁶⁴ Sin perjuicio de que la antedicha empresa se cita regularmente como la pionera en realizar operaciones de leasing financiero, se han reportado casos de empresas que con anterioridad realizaban

GUTIÉRREZ GILSANZ, ob. cit., p. 29; MANZANO SOLANO, ob. cit., p. 1.785-1.790; PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, ob. cit., p. 592; REAL PÉREZ, ob. cit. (*El incumplimiento...*), p. 400; SÁNCHEZ CALERO, Fernando, *Líneas esenciales para una regulación del contrato de arrendamiento financiero*. En AA.VV., “Jornadas sobre productos financieros actuales”, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1994, p. 20; SÁNCHEZ CALERO Fernando y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan, *Instituciones de Derecho Mercantil*, vol. II. Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2015, 37º ed, p. 292; SERRA MALLOL, Antonio, *Consideraciones sobre la naturaleza del contrato de arrendamiento financiero*. En *Revista General de Derecho*, N° 627, diciembre 1996, p. 12.899. Para el Derecho italiano, ver CAMERA DI COMMERCIO DI MILANO, ob. cit., p. 552 (art. 1) para leasing mobiliario y p. 553 (art. 1) para leasing inmobiliario.

⁶² STS de 2 de febrero de 2006 (RJ 2006/494).

⁶³ BRAZIL, ob. cit., p. 37.

⁶⁴ BRAZIL, ob. cit., p. 37; BURGOS PÉREZ DE ANDRADE, ob. cit., p. 356; CLARIZIA, ob. cit., (*La locazione...*), p. 23-24; DÍAZ ECHEGARAY, ob. cit., p. 711; GARCÍA SOLÉ, ob. cit. (*El leasing en la práctica...*), p. 271. Pueden verse algunas cifras de los primeros años de difusión del leasing en ILLESCAS ORTIZ, Rafael, *El “leasing”: Aproximación a los problemas planteados por un nuevo contrato*. En *Revista de Derecho Mercantil*, año 1971, N° 119, p. 77.

operaciones de leasing operativo y de *lease-back*.⁶⁵ En España se cita la aparición de las primeras empresas de leasing entre 1963 y 1965, multiplicándose rápidamente, tanto en número como en operaciones realizadas.⁶⁶

Entre los factores que fomentaron la masificación de esta figura frente a otras fórmulas de financiación empresarial se mencionan frecuentemente la tendencia decreciente de los tipos de interés, que redundó en un menor coste financiero para los clientes; el alto grado de competitividad en el sector;⁶⁷ la protección jurídica de que goza la empresa de leasing frente a otros acreedores, ⁶⁸ en especial por contar con la propiedad como garantía;⁶⁹ razones de índole contable;⁷⁰ así como un cambio de mentalidad de las empresas, que han entendido que el valor de los activos no está en la detentación de su propiedad, sino en la posibilidad de utilizarlos en su proceso productivo.⁷¹ Sin embargo, el

⁶⁵ BELTRÁN ALANDETE, ob. cit., p. 662; BRAZIL, ob. cit., p. 37; CHULIA VICENT y BELTRÁN ALANDETE, ob. cit., p. 11. Para más aspectos históricos sobre la operación, ver CHULIA VICENT y BELTRÁN ALANDETE, ob. cit., p. 11-18; GARCÍA GARNICA, ob. cit. (*El régimen jurídico...*), p. 37ss; IMBRENDA, ob. cit. (*Il leasing...*), p. 136-139; SÁNCHEZ-PARODI PASCUA, ob. cit., p. 21ss; UNIDROIT, ob. cit. (*Draft convention...*), p. 19-22; SAT de Valencia de 2 de diciembre de 1986 (RAJ 1986/7157), cuyo Fundamento de Derecho Cuarto se extiende a consideraciones históricas de la operación.

⁶⁶ BURGOS PÉREZ DE ANDRADE, ob. cit., p. 356; CABANILLAS SÁNCHEZ, ob. cit. (*La naturaleza...*), p. 41-43; CHULIA VICENT y BELTRÁN ALANDETE, ob. cit., p. 16-18; DÍAZ ECHEGARAY, ob. cit., p. 708 y 711; GARCÍA SOLÉ, ob. cit. (*El leasing en la práctica...*), p. 273.

⁶⁷ CHULIA VICENT y BELTRÁN ALANDETE, ob. cit., p. 17.

⁶⁸ ROJO AJURIA, ob. cit. (*Leasing mobiliario*), p. 226.

⁶⁹ CUMING, ob. cit., p. 45.

⁷⁰ VILLAR URIBARRI, José Manuel, *El leasing*. En AA.VV., "Contratos Bancarios", Consejo General del Notariado, Madrid, 1996, p. 66.

⁷¹ BUITRAGO RUBIRA, José Ramón, *El leasing mobiliario y su jurisprudencia*. Aranzadi, Pamplona, 1998, p. 60; CHULIA VICENT y BELTRÁN ALANDETE, ob. cit., p. 27; CORBO, ob. cit., p. 206; DE LA CUESTA RUTE, ob. cit. (*Reflexiones...*), p. 602-603; GARCÍA SOLÉ, ob. cit. (*El leasing en la práctica...*), p. 267; GROSS, Ethan, *The finance lease under article 2A*. En *Detroit College of Law Review*, N° 127, 1993, p. 129; ; ILLESCAS ORTIZ, ob. cit., p. 77; IMBRENDA, ob. cit. (*Il leasing...*), p. 81; IMBRENDA, ob. cit. (*Leasing...*), p. 78. Por su parte, ROJO AJURIA, ob. cit. p. 210ss critica este criterio de contraponer la propiedad al uso, tanto porque considera incoherente comparar un concepto jurídico (propiedad) con uno económico (uso), como porque esta posición tiende a acercar conceptualmente el leasing financiero al arrendamiento, naturaleza jurídica que, según el autor, no corresponde asociarle.

mayor de los incentivos parece radicar en las ventajas fiscales otorgadas a las partes de la operación.⁷²

Tras su irrupción, la figura fue desarrollándose progresivamente hasta adquirir fisonomía propia. Sin embargo, los Tribunales de distintos países inevitablemente trataban de resolver los problemas jurídico-privados suscitados por esta nueva figura recurriendo a figuras contractuales tradicionales, principalmente el arrendamiento y la compraventa. La distinción respecto de éstas no resultó facilitada por las primeras regulaciones positivas, que sólo se referían a los aspectos fiscales, contables o regulatorios de la actividad de las empresas de leasing.⁷³ Esta situación mejoró notablemente con la posterior aparición de normas específicamente dirigidas a reglamentar los aspectos propiamente contractuales de la operación, como las que se analizarán en este trabajo.

5.- VENTAJAS Y DESVENTAJAS ATRIBUIDAS AL LEASING FINANCIERO.

Para el **proveedor** el leasing financiero es una forma de dar salida a sus productos en el mercado, lo que le resta la necesidad de ofrecer condiciones excesivamente ventajosas para atraer a sus clientes, o bien ofrecerles financiamiento directo.⁷⁴ Además, recibe el precio de parte de la empresa de leasing, que en la mayoría de los casos ostenta una situación financiera más estable que la del usuario, y obtiene el pago del precio al

⁷² CABANILLAS SÁNCHEZ, ob. cit. (*La naturaleza...*), p. 42; CABANILLAS SÁNCHEZ, ob. cit. (*La configuración...*), p. 961-962; CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, ob. cit., p. 330; CUMING, ob. cit., p. 44-45; DE PRADA GONZÁLEZ, ob. cit., p. 640; DÍAZ ECHEGARAY, ob. cit., p. 707; FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, ob. cit., p. 203; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, ob. cit., p. 308; GARCÍA SOLE, ob. cit. (*El leasing en la práctica...*), p. 270; GONZÁLEZ VÁSQUEZ, ob. cit., p. 1.283; ROJO AJURIA, ob. cit. (*Leasing mobiliario*), p. 67 y 223ss, que concibe al leasing como un negocio aparente en que los efectos que las partes buscan conseguir con la apariencia son esencialmente contables y fiscales; ROJO AJURIA, ob. cit. (*La responsabilidad...*), p. 2.022; STS de 2 de noviembre de 2016 (RJ 2016/5102). Actualmente el régimen fiscal del arrendamiento financiero se encuentra establecido principalmente en el art. 106 LIS. Para el ordenamiento estadounidense, ver GROSS, ob. cit., p. 129; HEERMAN, ob. cit., p. 309; SCHROTH, ob. cit. p. 438-439; Atlas INDUSTRIES INC. v. NATIONAL CASH REGISTER Co., Supreme Court of Kansas, 25 de enero de 1975. En el ordenamiento italiano, ver DI FORTUNATO, ob. cit., p. 11; IMBRENDA, ob. cit. (*Il leasing...*), p. 46, para quien los incentivos fiscales terminan por determinar los aspectos jurídico-privados de la operación, ya que las partes buscan acceder a ellos.

⁷³ UNIDROIT, ob. cit. (*Draft convention...*), p. 22.

⁷⁴ CHULIA VICENT y BELTRÁN ALANDETE, ob. cit., p. 31-32; DE LA CUESTA RUTE, ob. cit. (*Reflexiones...*), p. 556; Atlas INDUSTRIES INC. v. NATIONAL CASH REGISTER CO., Supreme Court of Kansas, 25 de enero de 1975.

contado,⁷⁵ con lo que elude el riesgo de impagos por parte del cliente, riesgo que es asumido por la empresa de leasing.⁷⁶

Para la **empresa de leasing** la ejecución de este tipo de operación constituye el ejercicio de su giro financiero, por lo que obtiene una ventaja evidente y directa.⁷⁷ Además, la práctica negocial le ha impuesto otras ventajas que analizaremos a lo largo de este trabajo, tales como la exoneración de la responsabilidad que en el contexto de la concepción bipartita le correspondería asumir frente al usuario (con la consiguiente irrevocabilidad e independencia de las obligaciones de este último⁷⁸) y la subrogación que legitima al usuario contra el proveedor, que resta a dicha empresa toda molestia que se pueda derivar de cualquier anomalía contractual, que deberá ser resuelta directamente entre las otras dos partes. Por otra parte, se ha dicho que la empresa de leasing cuenta con una garantía reforzada derivada de la propiedad del bien.⁷⁹

Para el **usuario** se ha dicho que una de las principales ventajas está constituida por el hecho de que puede utilizar un bien en su proceso productivo sin soportar los riesgos asociados a la propiedad del bien.⁸⁰ Sin embargo, esta ventaja no es real, ya que el usuario termina asumiendo los riesgos derivados de la propiedad,⁸¹ aunque cabe precisar que el usuario se desprende de algunos de dichos riesgos, como el de obsolescencia en caso de no ejercitar la opción de compra.

⁷⁵ CHINDEMI, Domenico, *Invaldità della clausola di inversione del rischio in caso di mancata consegna del bene nel contratto di leasing*. En *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, año 2000, Parte I, p. 326; CHINDEMI, ob. cit. (*Trilateralità...*), p. 188.

⁷⁶ No obstante, el proveedor puede terminar asumiendo el riesgo de insolvencia del usuario mediante el pacto de recompra que se analizará *infra* N° 28.1.4.

⁷⁷ CHINDEMI, ob. cit. (*Invaldità...*), p. 326; CHINDEMI, ob. cit. (*Trilateralità...*), p. 188; CHULIA VICENT y BELTRÁN ALANDETE, ob. cit., p. 32; DE LA CUESTA RUTE, ob. cit. (*Reflexiones...*), p. 556.

⁷⁸ GROSS, ob. cit., p. 129.

⁷⁹ CHULIA VICENT y BELTRÁN ALANDETE, ob. cit., p. 32; GROSS, ob. cit., p. 129; SCHROTH, ob. cit. p. 438. Respecto de la propiedad del bien como garantía, ver *infra* N° 28.1.1.

⁸⁰ CHULIA VICENT y BELTRÁN ALANDETE, ob. cit., p. 23-24; JIMÉNEZ DE PARGA Y CABRERA, Rafael y GISPÉRT PASTOR, María Teresa, *La operación de leasing, ¿es una operación de crédito?* En *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, N° 31, julio-septiembre 1988, p. 488.

⁸¹ Ver *infra* N° 28.2.5.

Sin perjuicio de lo anterior, se han destacado las siguientes ventajas para el usuario: Puede financiar el 100% del valor del bien; obtiene financiación sin necesidad de una inversión inicial; evita la movilización de capitales propios, ya que no debe hacer pagos iniciales, realizar trámites burocráticos de adquisición ni constituir garantías;⁸² desde el punto de vista contable no se altera el balance, ya que el bien financiado mediante leasing no forma parte del inmovilizado; deja intactas las líneas de crédito bancario; se liberaliza el capital circulante, reduciendo el peligro de sobreendeudamiento; cuando las cuotas de leasing permanecen iguales durante el período de duración del contrato, se protege contra la inflación; permite la libre elección del bien y del proveedor, y podrá formular a éste algunas exigencias adicionales que seguramente no serían factibles si no contase con el respaldo de una entidad financiera; en los bienes importados evita el riesgo de cambio; permite obtener un contrato a la medida de sus necesidades; permite la renovación continua de capital inmovilizado; si se ejercita la opción de compra, obtendrá la propiedad sobre un bien totalmente amortizado.⁸³ Todo ello sin perjuicio de las ventajas fiscales con que los ordenamientos jurídicos favorecen la utilización de esta modalidad de financiación empresarial.⁸⁴

En cuanto a los inconvenientes de la operación, para la **empresa de leasing** son los propios de su actividad financiera, es decir, el riesgo de impago por parte del usuario, que

⁸² SULTANOV, Murat, *The UNIDROIT model law on leasing: an effective new legal framework to support leasing markets in the developing countries*. En *Uniform Law Review*, UNIDROIT, N° 2009-2, p. 642 señala que para las Pymes ésta es una ventaja determinante frente al crédito tradicional, ya que este último generalmente va asociado a la constitución de garantías que, en el caso de las reales, pueden comprometer gran parte del activo de la empresa. En el mismo sentido, GARCÍA SOLÉ, ob. cit. (*El leasing en la práctica...*), p. 284-285 señala al leasing financiero como especialmente idóneo para las Pymes.

⁸³ Las ventajas expuestas son mencionadas por BERNÁLDEZ BERNÁLDEZ, Manuel Pedro, *Mecanismos financieros para los emprendedores autónomos: los casos de leasing, del factoring y del renting*. En *Perspectivas del Sistema Financiero*, N° 86, 2006, p. 89-90; CHULIA VICENT y BELTRÁN ALANDETE, ob. cit., p. 32-33; DÍAZ ECHEGARAY, ob. cit., p. 707; DI FORTUNATO, ob. cit., p. 11; FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, ob. cit., p. 203; GARCÍA SOLÉ, ob. cit. (*El leasing en la práctica...*), p. 270; IMBRENDA, ob. cit. (*Il leasing...*), p. 41-47; IMBRENDA, ob. cit. (*Leasing...*), p. 37-44; JIMÉNEZ DE PARGA Y CABRERA y GISPET PASTOR, ob. cit., p. 488; PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, ob. cit., p. 596.597; ROJO AJURIA, ob. cit. (*Leasing mobiliario*), p. 63ss.

⁸⁴ Para Italia, ver IMBRENDA, ob. cit. (*Il leasing...*), p. 44ss. Para Estados Unidos, ver GROSS, ob. cit., p. 129; SCHROTH, ob. cit. p. 438-439.

por regla general es el único riesgo que asume.⁸⁵ Para el **usuario** la principal desventaja es el costo financiero, que podría ser mayor que el de otras fórmulas de financiación;⁸⁶ la imposibilidad de disponer del bien antes de la terminación del contrato (el plazo de duración del contrato es irrevocable, ya que la empresa de leasing debe recuperar el coste del bien); la imposibilidad de gestionar la política de amortización del bien; el aumento de los riesgos de desposesión en caso de impago de las cuotas de leasing; y la reducción de la posibilidad de acceder a crédito bancario debido a la falta de propiedad sobre el activo.⁸⁷

6.- DENOMINACIÓN DE LA OPERACIÓN Y DE SUS PARTES.

En cuanto a la denominación de la operación, en España parece predominar la denominación de “arrendamiento financiero”,⁸⁸ incluso por parte del legislador,⁸⁹ aunque también se ha hecho común llamarla “leasing”⁹⁰ (con o sin el apelativo de “financiero”),⁹¹

⁸⁵ CHULIA VICENT y BELTRÁN ALANDETE, ob. cit., p. 33; DE NOVA, ob. cit., p. 43; SCCI de 17 de mayo de 1991 (5571). Ver además *infra* N° 28.3.3.

⁸⁶ CHULIA VICENT y BELTRÁN ALANDETE, ob. cit., p. 33; GARCÍA SOLE, ob. cit. (*El leasing en la práctica...*), p. 271; PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, ob. cit., p. 596.

⁸⁷ ROJO AJURIA, ob. cit. (*Leasing mobiliario*), p. 64.

⁸⁸ Ver SÁNCHEZ CALERO y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, ob. cit., p. 293, que prefieren la expresión “arrendamiento financiero” antes que la de “leasing”, sin que por ello entiendan que se trata de un contrato de arrendamiento. A favor de la expresión “arrendamiento financiero” BURGOS PÉREZ DE ANDRADE, ob. cit., p. 356 ha esgrimido como argumento que ya está recogida por el legislador español y que destaca el carácter financiero de la operación, con lo que facilita su distinción respecto del leasing operativo. Al respecto. Asimismo, en Italia se ha defendido la expresión “*locazione finanziaria*” por indicar el “núcleo base” de la figura o, cuando menos, la relación jurídica preponderante (sociedad de leasing-usuario), y por expresar la función de financiamiento que tiene. Ver al efecto, IMBRENDA, ob. cit., p. 57; IMBRENDA, ob. cit. (*Il leasing*), p. 51.

⁸⁹ Así se ha denominado la figura en las normas singularizadas *supra* N° 3, denominación que se ha preferido mantener en el ACM. Ver al efecto MINISTERIO DE JUSTICIA, *Memoria del análisis de impacto normativo del Anteproyecto de ley del Código Mercantil*, 29 de mayo de 2014. Disponible en http://servicios.mpr.es/seacyp/search_def_asp.aspx?crypt=xh%8A%8Aw%98%85d%A2%B0%8D%Ns%90%8C%8An%87%99%7Fmjro%86og%A3%92 Consulta: 22 de enero de 2017, p. 47. Se debe destacar, sin embargo, que también se ha utilizado la expresión “leasing” en algunas normas, como la Orden Ministerial de Hacienda de 3 de junio de 1976. En Italia ha sucedido un fenómeno parecido, ya que el legislador utiliza frecuentemente la expresión “*locazione finanziaria*”, aunque en algunos textos se ha empleado la expresión inglesa “*leasing*”. Ver, por ejemplo, el art. 17 de la ley N° 240 de 21 de mayo de 1981.

⁹⁰ Se manifiestan a favor de la utilización de la expresión “leasing” BELTRÁN ALANDETE, ob. cit., p. 665; CHULIA VICENT y BELTRÁN ALANDETE, ob. cit., p. 22. En contra, ver STS de 25 de enero de 2001 (RJ 2001/1001), que califica dicha expresión como una “innecesaria denominación idiomática”, aunque igualmente la utiliza.

sin perjuicio de que con frecuencia se empleen ambos términos indistintamente.⁹² Por mi parte, prefiero la denominación de “leasing financiero”, ya que da cuenta de su carácter atípico de origen anglosajón⁹³ y porque se ha afianzado en el lenguaje general (tanto así que la palabra leasing aparece recogida actualmente por la RAE⁹⁴) como en la doctrina y la jurisprudencia como nominadora de una operación con características propias. Creo que dicha denominación parece más apropiada que la de “arrendamiento financiero”, ya que esta última puede resultar equívoca en cuanto sugiere una errada calificación jurídica de la figura (que, estimo, no es un arrendamiento).⁹⁵

⁹¹ El apelativo “financiero” sirve para distinguir el leasing financiero de otras figuras que también se han venido denominando “leasing”, principalmente el leasing operativo. En este sentido, algunos hablan de “arrendamiento financiero o leasing propio”, para diferenciarlo del “arrendamiento operativo o leasing operativo”. En este sentido, CANO RICO, ob. cit., p. 250; CORTÉS, ob. cit., p. 546; SÁNCHEZ CALERO y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, ob. cit., p. 293; VARA DE PAZ, ob. cit., p. 193. Por su parte, DE LA CUESTA RUTE, ob. cit. (*Reflexiones...*), p. 536 y 540-541 opina que la expresión leasing no requiere de calificativo adicional para referirse a lo que normalmente se conoce como leasing financiero, ya que las figuras de las que se le pretende distinguir usando el calificativo “financiero” tienen tan poco en común con el leasing financiero que no ameritan ser englobadas en una sola categoría con aquel. En el mismo sentido, GONZÁLEZ VÁSQUEZ, ob. cit., p. 1.285.

⁹² BURGOS PÉREZ DE ANDRADE, ob. cit., p. 356; GONZÁLEZ VÁSQUEZ, ob. cit., p. 1.282ss, aun cuando no adhiere a la tesis del leasing como arrendamiento; SANTOS SÁNCHEZ, ob. cit., p. 473ss. Esta es la tendencia general en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Ver, por ejemplo, STS de 10 de abril de 1981 (RJ 1981/1532) que, ya en esos años, decía que la expresión “leasing” constituía una “terminología foránea de general difusión”; STS de 22 de abril de 1991 (RJ 1991/3017); STS de 2 de febrero de 2006 (RJ2006/494). Sin perjuicio de lo anterior, vale la pena mencionar la STS de 30 de diciembre de 2003 (RJ 2004/426), caso en que el Tribunal prefirió hablar de arrendamiento con opción de compra, sin perjuicio de contemplar otras denominaciones, señalando que las partes habían celebrado un “contrato denominado de arrendamiento financiero o, más precisamente, arrendamiento con opción de compra o, más conocidamente, leasing”.

⁹³ BELTRÁN ALANDETE, ob. cit., p. 664; DI FORTUNATO, ob. cit., p. 9; IMBRENDA, ob. cit. (*Il leasing...*), p. 57; IMBRENDA, ob. cit. (*Leasing...*), p. 51-52; SANTOS SÁNCHEZ, ob. cit., p. 473. En todo caso, se debe dejar constancia de que en inglés la expresión “leasing” hace referencia al arrendamiento en general, por lo que se hace necesario otras expresiones como la de “financial lease” o “finance lease” para referirse específicamente a esta figura.

⁹⁴ La Real Academia define el leasing como “arrendamiento con opción de compra del objeto arrendado”.

⁹⁵ En el mismo sentido, BURGOS PÉREZ DE ANDRADE, ob. cit., p. 356; CORBO, ob. cit., p. 175; DE LA CUESTA RUTE, ob. cit. (*Reflexiones...*), p. 541; GARCÍA SOLÉ, Fernando, *La subrogación en los derechos de la compañía de leasing frente al proveedor o vendedor*. En *Actualidad Civil*, N° 15, semana 10-16 de abril de 1989, p. 1.058; GARCÍA SOLÉ, ob. cit. (*Leasing. Acción directa...*), p. 541; IMBRENDA, ob. cit. (*Il leasing...*), p. 57; MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, Ángel, *La cláusula de exoneración de responsabilidad de la sociedad de leasing en el contrato de arrendamiento financiero*. (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 1999 [RJ 1999, 3927]). En *Revista de Derecho*

En cuanto a la denominación de las partes, utilizaré las expresiones “empresa de leasing”⁹⁶ y “usuario”,⁹⁷ que prefiero a las usuales de “arrendador” y “arrendatario”, las

Patrimonial, 2000-1, N° 6, p.223, Nota N° 10; DGRN, Resolución N° 1797/2005, de 29 de enero; DGRN, Resolución N° 8157/1998, de 26 de octubre. En similar sentido, REAL PÉREZ, ob. cit. (*El leasing...*), p. 236, para quien la denominación “arrendamiento financiero”, aunque sea utilizada por la ley, no condiciona su naturaleza jurídica. Asimismo, se han dado otros argumentos en contra de la expresión “arrendamiento financiero”, tales como que omite toda referencia a la opción de compra que según algunos autores tiene carácter esencial. Al respecto, ver BURGOS PÉREZ DE ANDRADE, ob. cit., p. 356.

⁹⁶ Durante mucho tiempo ha predominado la expresión “arrendador” o “arrendador financiero”. Ver al efecto los formularios de contrato de arrendamiento financiero de AELR, Banco Santander y Toyota Financial Services. También algunos autores continúan llamándola “arrendador”, no obstante estimar que no se trata de un contrato de arrendamiento. Ver, por ejemplo, GONZÁLEZ VÁSQUEZ, ob. cit., p. 1.301. Sin embargo, se ha ido introduciendo poco a poco la expresión “sociedad de leasing” o “empresa de leasing”. Ver, por ejemplo, DE LA CUESTA RUTE, ob. cit. (*Reflexiones...*), p. 533ss, aunque también la denomina “financiera”; BUONOCORE, ob. cit. p. 25. En Italia suele llamársele también “concedente”. En este sentido, BUONOCORE, ob. cit., p. 25; CAMERA DI COMMERCIO DI MILANO, ob. cit., p. 552; CAPPIELLO, Roberto, *Inadempimento del fornitore e responsabilità del concedente*. En Rivista italiana del leasing e dell'intermediazione finanziaria, 1989, N° 3, p. 649ss; CHINDEMI, ob. cit. (*Invalidità...*), p. 325ss; CHINDEMI, ob. cit. (*Trilateralità...*), p. 182ss; CLARIZIA, ob. cit., (*La locazione...*), p. 48; CRISTINA UDA, Adele Maria, *Profili civilistici e modelli contrattuali del leasing d'azienda*. Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2014, p. 101; DI FORTUNATO, ob. cit., p. 9; GORGONI, ob. cit. (*Sulla qualificazione...*), p. 468ss; IMBRENDA, ob. cit. (*Il leasing*), p. 4; SCHERMI, Aldo, *Il leasing finanziario e la Convenzione internazionale di Ottawa 28 maggio 1988, resa esecutiva con l. 14 luglio 1993, n. 259*. En Giustizia Civile, marzo 1994, Parte I, p. 725ss; SCCI de 11 de julio de 1995 (7595); SCCI de 21 de junio de 1993 (6862). Esta denominación ha sido adoptada ocasionalmente por los Tribunales españoles y por alguna doctrina. Ver al efecto STS de 24 de mayo de 1997 (RJ 1997/4886); SAP de Asturias de 18 de enero de 1994 (AC 1994/193); DE PRADA GONZÁLEZ, ob. cit., p. 639ss; REAL PÉREZ, ob. cit. (*El leasing...*), p. 235ss; REAL PÉREZ, ob. cit. (*“Leasing”...*), p. 505.

⁹⁷ La denominación de esta parte también dependerá de la postura que se adopte en relación con la naturaleza jurídica de la operación. Como en España prevaleció por mucho tiempo la tesis del arrendamiento, se hizo común llamarlo “arrendatario” o “arrendatario financiero”. Dicha denominación persiste aún entre algunos autores, incluso entre quienes han desechado la tesis del arrendamiento. Ver, por ejemplo, GONZÁLEZ VÁSQUEZ, ob. cit., p. 1.301. Asimismo, en los formularios suele denominársele “arrendatario financiero”. Ver al efecto los formularios de AELR y Toyota Financial Services. No obstante, como el interés económico de este sujeto reside principalmente en la utilización del bien en su proceso productivo, se ha hecho bastante común llamarlo “usuario”, haciendo presente que obviamente no se trata de un titular del derecho de uso reglamentado en el Código Civil. Ver al efecto, el formulario de contrato de arrendamiento financiero de AELR; DE LA CUESTA RUTE, ob. cit. (*Reflexiones...*), p. 533ss. Esta misma nomenclatura utiliza la doctrina italiana, donde frecuentemente se utiliza la expresión “utilizzatore”. Ver al efecto, BUONOCORE, ob. cit., p. 25; CAMERA DI COMMERCIO DI MILANO, ob. cit., p. 552; CLARIZIA, ob. cit., (*La locazione...*), p. 49; DI FORTUNATO, ob. cit., p. 9; SCHERMI, ob. cit., p. 725ss. La misma nomenclatura es utilizada por algunos cuerpos legislativos, tanto del extranjero (por ejemplo, la ley 16.072 de Uruguay) como de España (ley 10/2014 y su antecesora ley 26/1988). Por su parte, ILLESCAS ORTIZ, ob. cit., p. 74 y 87 encuentra que la denominación de “usuario” es un tanto impropia, aunque igualmente la utiliza. En Italia se le ha denominado también “conduttore”. Ver al efecto CHINDEMI, ob. cit. (*Invalidità...*), p. 325ss; CHINDEMI, ob. cit.

que, a pesar de ser usuales en la práctica,⁹⁸ sugieren una idea errada acerca de la naturaleza jurídica de la convención,⁹⁹ que no es un arrendamiento.¹⁰⁰ Finalmente, para quien enajena el bien a la empresa de leasing reservaré la denominación genérica de “proveedor”, ya que este sujeto puede actuar jurídicamente de diversas formas (puede ser vendedor, dador en pago, constructor, etc.),¹⁰¹ poniendo de manifiesto que obviamente no se trata de quien transfiere bienes en un contrato de aprovisionamiento.

7.- LAS PARTES DE LA OPERACIÓN.

7. 1.- La empresa de leasing.

La empresa de leasing estará constituida por un establecimiento financiero de crédito, cuya actividad está regulada por la disposición adicional tercera de la ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito,¹⁰² y principalmente por la ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial.¹⁰³ De acuerdo al art. 7 de esta última ley, los establecimientos financieros de

(*Trilateralità...*), p. 182ss; SCCI de 11 de julio de 1995 (7595). Por último, hay quien lo denomina cliente-tomador. Ver al efecto ÁLVAREZ MARTÍNEZ, Georgina Ivón, *Los grupos de contraltos en el crédito al consumo*. La Ley, Madrid, 2009, p. 198.

⁹⁸ Ver el estudio de formularios de contratos de leasing realizados por FRADEJAS RUEDA, Olga María, (coord.), *El leasing: formularios usados en la práctica española*. En Cuadernos de Derecho y Comercio, N° 36, diciembre 2001, p. 240 y GUTIÉRREZ GILSANZ, ob. cit., p. 39.

⁹⁹ En este sentido, RODRÍGUEZ ROSALES, Pedro Marcelino, *Leasing. Partes intervinientes en el proceso para la resolución de la compraventa*. En AA.VV., “Contratos Bancarios y Financieros”, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, p. 463; GARCÍA GARNICA, ob. cit. (*El régimen jurídico...*), p. 110, nota N° 200.

¹⁰⁰ No obstante lo dicho, cabe destacar que la terminología a la que adhiero es también utilizada por autores que defienden la tesis arrendaticia. Al efecto, ver, por ejemplo, ILLESCAS ORTIZ, ob. cit., p. 74ss.

¹⁰¹ Esta denominación se ha hecho común en España. Asimismo, en Italia suele emplearse la denominación de “fornitore”. Ver al efecto, CRISTINA UDA, ob. cit., p. 96; DI FORTUNATO, ob. cit., p. 9; SCHERMI, ob. cit., p. 725ss.

¹⁰² Ver también el Real Decreto 84/2015, de 13 d febrero, por el que se desarrolla la ley de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, publicado en el B.O.E. de 14 de febrero de 2015.

¹⁰³ Publicada en el B.O.E. de 28 de abril de 2015. Según dispone el art. 6 de la ley 5/2015 “podrán constituirse como establecimientos financieros de crédito aquellas empresas que, sin tener la consideración de entidad de crédito y previa autorización del Ministro de Economía y Competitividad, se dediquen con carácter profesional a ejercer una o varias de las siguientes actividades: (...) C) El arrendamiento financiero, con inclusión de las siguientes actividades complementarias: 1.ª Actividades de mantenimiento y conservación de

crédito se rigen hoy por su Título II, su normativa de desarrollo y, en lo no previsto por ellas, por lo dispuesto para las entidades de crédito. Este tipo de establecimientos están sujetos a un régimen especial de autorización y registro (art. 9), a la supervisión del Banco de España (art. 12) y al régimen sancionador (art. 14) y fiscal (disposición adicional primera) de las entidades de crédito. Además de lo anterior, permanece también vigente el Real Decreto 692/1996, de 26 de abril, sobre el Régimen Jurídico de los Establecimientos Financieros de Crédito.¹⁰⁴

La normativa recién expuesta no impide que personas naturales o jurídicas celebren contratos de leasing financiero. En este caso el contrato sería perfectamente válido desde el punto de vista sustantivo, aunque no podrá beneficiarse de los efectos fiscales de la operación,¹⁰⁵ ni podrá procederse a la inscripción del contrato en el Registro de venta a Plazo de Bienes Muebles,¹⁰⁶ con la consiguiente privación de los favorables efectos procesales que dicha inscripción trae para la empresa de leasing.¹⁰⁷

los bienes cedidos. 2.ª Concesión de financiación conectada a una operación de arrendamiento financiero, actual o futura. 3.ª Intermediación y gestión de operaciones de arrendamiento financiero. 4.ª Actividades de arrendamiento no financiero que podrán complementar o no con una opción de compra. 5.ª Asesoramiento e informes comerciales.” Con la ley 5/2015 “los establecimientos financieros de crédito pierden su condición de entidades de crédito pero mantienen intacta su inclusión dentro del perímetro de supervisión y estricta regulación financieras”, según se desprende textualmente del preámbulo de dicha ley. Ver ROJO AJURIA, ob. cit. (Leasing mobiliario), p. 224, quien estima paradójico que el legislador establezca una plena libertad contractual para celebrar operaciones de leasing, pero a continuación cierre el circuito de empresas que pueden prestar este tipo de servicios.

¹⁰⁴ Publicado en el B.O.E. de 24 de mayo de 1996.

¹⁰⁵ Ver art. 106.1 LIS, que al regular los efectos fiscales del leasing financiero señala que “lo previsto en este artículo se aplicará a los contratos de arrendamiento financiero en los que el arrendador sea una entidad de crédito o un establecimiento financiero de crédito”.

¹⁰⁶ Ver DGRN, Resolución N° 8659/2016, de 28 de julio, que resuelve un caso en el sentido que expongo, haciendo la particular distinción: “Debe por lo tanto diferenciarse el arrendamiento financiero en el que, como se ha dicho, es ineludible que el arrendador tenga la cualificación de entidad de crédito o de establecimiento financiero de crédito, del arrendamiento con opción de compra que puede ser concertado por arrendadores particulares, pero en este caso, si se pretende su inscripción en el Registro de Bienes Muebles, debe realizarse a través del modelo específico, no el del arrendamiento financiero”.

¹⁰⁷ Como se verá más adelante, la inscripción beneficia a la empresa de leasing facilitándole el ejercicio de acciones contra el usuario. Ver al efecto el art. 250 N° 11 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC) y la disposición adicional primera de la Ley 28/1998, de 13 de julio, de venta a plazos de bienes muebles, publicada en el B.O.E. de 14 de julio de 1998 (en adelante LVPBM).

7. 2.- El usuario.

Normalmente el usuario estará constituido por un operador económico que, por no querer o no convenirle adquirir el bien, o recurrir a otras fórmulas de financiación,¹⁰⁸ utiliza este tipo de contratación para acceder al goce de activos ajenos en su proceso productivo, lo que justifica que tradicionalmente se haya concebido el leasing financiero como una fórmula de financiación empresarial.¹⁰⁹

Lo anterior no obsta el hecho de que esta fórmula sea utilizada también por las Administraciones Públicas bajo la forma de contrato de suministro (dando lugar al denominado leasing público de utilización),¹¹⁰ por consumidores (dando lugar al denominado leasing de consumo),¹¹¹ o por personas jurídicas de Derecho Privado sin fines de lucro.¹¹²

¹⁰⁸ Frecuentemente se afirma que el leasing financiero constituye una fórmula alternativa a los modos tradicionales de adquisición de la disponibilidad de bienes en el ámbito empresarial. Ver al efecto CORTÉS, ob. cit., p. 546; GARCÍA SOLE, ob. cit. (*El leasing en la práctica...*), p. 269-270, quien expone los principales factores económicos que pueden llevar a una empresa a optar por esta fórmula de financiación; GONZÁLEZ VÁSQUEZ, ob. cit., p. 1.292; IMBRENDA, ob. cit. (*Il leasing*), p. 32; STS de 26 de febrero de 1996 (RJ 1996/1264).

¹⁰⁹ BUITRAGO RUBIRA, ob. cit. (*El leasing mobiliario...*), p. 53; GARCÍA SOLE, ob. cit. (*El leasing en la práctica...*), p. 267ss; IMBRENDA, ob. cit. (*Il leasing*), p. 35ss; ROJO AJURIA, ob. cit. (*La responsabilidad...*), p. 2.022 y 2.031. Asimismo, hay autores que estiman requisito esencial que el usuario tenga la calidad de empresario o profesional. En este sentido, CABANILLAS SÁNCHEZ, ob. cit. (*La configuración...*), p. 976; CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, *La resolución del leasing o arrendamiento financiero por presentar vicios los bienes entregados al usuario* (Comentario a la STS de 26 de febrero de 1996. En Anuario de Derecho Civil, enero-marzo 1998, p. 334. En el derecho positivo también existen demostraciones de este aserto. Ver a este respecto el art. 1.4 CUAFI y la definición de leasing financiero de la disposición adicional tercera de la ley 10/2014.

¹¹⁰ Ver el art. 9 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la ley de contratos del sector público. Ver, además, GARCÍA GARNICA, ob. cit. (*El régimen jurídico...*), p. 113 y 114 y *supra* N° 2.4.

¹¹¹ Respecto de la admisibilidad de esta categoría en el ordenamiento español, ver *infra* N° 10.2.1.

¹¹² GARCÍA GARNICA, ob. cit. (*El régimen jurídico...*), p. 114.

7. 3.- El proveedor.

Respecto del proveedor no hay mayores puntualizaciones que hacer. En la práctica se tratará del productor o distribuidor del bien, que por medio de la operación de leasing financiero busca dar salida comercial a sus productos.¹¹³

8.- LOS DOS CONTRATOS QUE (EN LA CONCEPCIÓN BIPARTITA) CONFORMAN LA OPERACIÓN.

Si bien en este trabajo se defiende la estructura unitaria del leasing financiero, para fines expositivos se expondrá aquí la operación del modo en que tradicionalmente se ha hecho, distinguiendo el contrato de compraventa del contrato de leasing propiamente dicho.

9.- EL CONTRATO DE COMPRAVENTA.

La doctrina en materia de leasing financiero concuerda en calificar este contrato como una compraventa mercantil,¹¹⁴ calificación que tiene bastante importancia en este estudio, ya que determina la aplicación de las normas de este tipo de compraventa (y no las de la compraventa civil) a los derechos y remedios que el usuario puede ejercitar frente al proveedor.

¹¹³ AGUILAR RUIZ, Leonor, *La doctrina de los contratos vinculados en la jurisprudencia: la conexión funcional entre el contrato de arrendamiento financiero o "leasing" y la compraventa del bien arrendado* (Comentario a la sentencia del TS de 24 de mayo de 1999 [RJ 1999/3927]. En Revista de Derecho Patrimonial, 2000-1, N° 4, p. 175; CORTÉS, ob. cit., p. 546; DE LA CUESTA RUTE, ob. cit. (Reflexiones...), p. 556; DI FORTUNATO, ob. cit., p. 9; GONZÁLEZ CASTILLA, Francisco, *Leasing financiero mobiliario. Contenido del contrato y atribución del riesgo en la práctica contractual y la jurisprudencia*. Civitas, Madrid, 2002, p. 57; GONZÁLEZ VÁSQUEZ, ob. cit., p. 1.300; GORGONI, Marilena, *Ancora sulla rilevanza della clausola di esonero da responsabilità del concedente il leasing per inadempimento del fornitore*. En *Giurisprudenza italiana*, 1994, Parte I, sección 1, p. 1.369, Nota N° 28; MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús, *Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 1996*. En Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, N° 41, abril-agosto 1996, p. 761-762; REAL PÉREZ, ob. cit. (El incumplimiento...), p. 405 – 406; SÁNCHEZ-PARODI PASCUA, ob. cit., p. 156 y 171; SAP de Girona de 12 de marzo de 2010 (JUR 2010/176713); STS de 23 de diciembre de 1999 (RJ 1999/9360); STS de 24 de mayo de 1997 (RJ 1997/4886); STS de 26 de febrero de 1996 (RJ 1996/120); STS de 7 de febrero de 1995 (RJ 1995/1226); STSJ de Navarra de 22 de mayo de 1992 (RJ 1992/6198).

¹¹⁴ CABANILLAS SÁNCHEZ, ob. cit. (La naturaleza...), p. 63, Nota N° 36; GARCÍA GARNICA, ob. cit. (El régimen jurídico...), p. 94, apuntando que la calificación de mercantil tendrá limitada trascendencia en el leasing financiero inmobiliario, caso en el que la compraventa igualmente terminará siendo regida por las normas civiles; GUTIÉRREZ GILSANZ, ob. cit., p. 68 y 71; ILLESCAS ORTIZ, ob. cit., p. 94; LÓPEZ FRÍAS, ob. cit. (Los contratos conexos...), p. 110; SÁNCHEZ-PARODI PASCUA, ob. cit., p. 204, Nota N° 100; SANTOS SÁNCHEZ, ob. cit., p. 477.

Vale la pena hacer presente que lo usual será que la empresa de leasing compre el bien al proveedor, pero no hay que descartar otras figuras contractuales que puedan servir al mismo fin. Lo importante es que se trate de un título traslativo de dominio, ya que la empresa de leasing es quien queda con la titularidad del dominio sobre el bien.¹¹⁵ Entre las demás figuras que se han mencionado a este efecto está la permuta, la dación en pago¹¹⁶ y construcción o fabricación del bien por encargo de la empresa de leasing, tanto respecto de bienes muebles como inmuebles (contrato de obra).¹¹⁷ Por la diversidad de modalidades contractuales que pueden ser utilizadas al efecto es que los cuerpos normativos que regulan el leasing financiero utilizan expresiones más amplias, como “contrato de suministro”¹¹⁸ o “contrato de adquisición”.¹¹⁹

10.- EL CONTRATO DE LEASING FINANCIERO PROPIAMENTE DICHO.

10.1- Características.

10.1.1.- *Carácter atípico. El rol de la autonomía de la voluntad.*

Un número reducido de autores¹²⁰ y de sentencias españolas¹²¹ que sostienen que el contrato de leasing financiero es un contrato típico, ya que sus perfiles resultaron

¹¹⁵ LÓPEZ FRÍAS, ob. cit. (*Los contratos conexos...*), p. 109. Un enfoque muy distinto es el que mantiene la sección 2A-103(1)(y) UCC, que contempla la posibilidad de que el contrato de suministro (*supply contract*) pueda consistir también en un arrendamiento.

¹¹⁶ GARCÍA GARNICA, ob. cit. (*El régimen jurídico...*), p. 94.

¹¹⁷ CABANILLAS SÁNCHEZ, ob. cit. (*La configuración...*), p. 963, Nota N° 5; GARCÍA GARNICA, ob. cit. (*El régimen jurídico...*), p. 94; GARCÍA SOLÉ, ob. cit. (*El leasing en la práctica...*), p. 279 y 280; SCCI de 16 de noviembre de 2007 (23794); SAP de Girona de 11 de julio de 2000 (JUR 2000/295221).

¹¹⁸ Ver 2A-103(1)(y) UCC, que habla de *supply contract*; art. 1.1(a) CUAFI, que habla de *supply agreement*, que en la versión en español de la Convención ha sido traducido como contrato de suministro; art. 2 LMUL, que también habla de *supply agreement*, pero en este caso la versión en español ha traducido dicha expresión como contrato de adquisición.

¹¹⁹ Ver art. 576-2 ACM.

¹²⁰ BUITRAGO RUBIRA, ob. cit. (*Leasing financiero...*), p. 127; BUITRAGO RUBIRA, ob. cit. (*El leasing mobiliario...*), p. 32 y 62; VILLAR URIBARRI, ob. cit., p. 79. En similar sentido se pronuncia GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*Leasing financiero mobiliario...*), p. 47ss., para quien la situación tras la dictación de la ley 26/1988 no es compatible con la tesis de la atipicidad radical, aunque luego advierte que la regulación es incompleta y que el régimen jurídico-privado del leasing financiero continúa careciendo de tipicidad.

¹²¹ SAP de Guadalajara de 27 de noviembre de 1996 (AC 1996/2132).

perfectamente delimitados por la disposición adicional séptima de la ley 26/1988, la mayor parte de cuyo contenido se encuentra hoy en la ley 10/2014.

Otros autores, en cambio, sostienen que la regulación dispuesta por la mencionada normativa es insuficiente para considerar típico al contrato, ya que no contempla los aspectos sustantivos de las relaciones entre las partes (tanto en su desarrollo normal como los efectos en caso de incumplimiento), razón por la que dichos aspectos sustantivos se siguen configurando básicamente por medio de las condiciones generales establecidas unilateralmente por las empresas de leasing.¹²² En similar parecer se encuentra la jurisprudencia, ya que en varias sentencias se suele expresar que el leasing es un “*contrato complejo y en principio atípico regido por sus específicas estipulaciones y de contenido no uniforme*,”

¹²² AGUILAR RUIZ, ob. cit., p. 174; ÁLVAREZ MARTÍNEZ, ob. cit., p. 196-197; BELTRÁN ALANDETE, ob. cit., p. 663 y 664; BURGOS PÉREZ DE ANDRADE, ob. cit., p. 387; CABANILLAS SÁNCHEZ, ob. cit. (*La configuración...*), p. 994; CABANILLAS SÁNCHEZ, ob. cit. (*La resolución...*), p. 333, que considera que la ley sí regula aspectos sustantivos, aunque de manera escasa; CANO RICO, ob. cit., p. 251; CORTÉS, ob. cit., p. 547; CHAMORRO POSADA, Manuel, *Riesgo legal de la financiación y límites de la autonomía de la voluntad en los contratos bancarios (leasing mobiliario e hipoteca inmobiliaria)*. En Revista de Derecho Bancario y Bursátil, N° 85, enero-marzo-2002, p. 191, quien califica la legislación sobre leasing como “incompleta e inconexa”; DÍAZ ECHEGARAY, ob. cit., p. 715; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, ob. cit., p. 309 y 312; GARCÍA GARNICA, ob. cit. (*El régimen jurídico...*), p. 53ss, 62 y 72; GARCÍA GARNICA, María del Carmen, *Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de enero de 2001*. En Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, N° 23, abril-septiembre 2001, p. 789-790; GARCÍA VILLAVERDE, Rafael, *El leasing en el marco de los contratos parabancarios llamados “de financiación*. En Cuadernos de Derecho y Comercio, n° 40, diciembre 2003, p. 17; GONZÁLEZ CASTILLA, Francisco, *Una vez más, la distinción entre el contrato de leasing y la compraventa a plazos*. En Revista de derecho Mercantil, año 2001, N° 242, p. 2.164; GONZÁLEZ VÁSQUEZ, ob. cit., p. 1.285, 1.291 y 1.295, aunque señala que tiene carácter nominado, por estar definido por la ley; GUTIÉRREZ GILSANZ, ob. cit., p. 19ss y 67; LÓPEZ FRÍAS, ob. cit. (*Los contratos conexos...*), p. 115; MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, ob. cit., p. 221, para quien se trata de un contrato atípico, aunque nominado, al estar definido en la ley; MARTÍNEZ MARTÍN, Mauro, *Comentario a la STS de 13 de noviembre de 1995*. En Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, 1996, N° 41, p. 595; PARRA LUCÁN, María Ángeles, *La función de garantía del leasing financiero*. En Aranzadi Civil 2005-III, p. 2.224; PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, ob. cit., p. 593; REAL PÉREZ, ob. cit. (*El leasing...*), p. 236 y 245; REAL PÉREZ, ob. cit. (*El incumplimiento...*), p. 397-399; RODRÍGUEZ-ROVIRA, ob. cit., p. 1.171-1.172 y 1.175-1.176; SÁNCHEZ CALERO y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, ob. cit., p. 291, que a pesar de mencionar la reglamentación de la ley 5/2015, estiman que no existe reglamentación del contrato; SÁNCHEZ-PARODI PASCUA, ob. cit., p. 155; SANTOS SÁNCHEZ, ob. cit., p. 476; VARA DE PAZ, ob. cit., p. 193 y 197. A la misma conclusión llegaba bajo el Decreto Ley de Ordenación Financiera de 25 de febrero de 1977. Ver al efecto DE LA CUESTA RUTE, José María, *Jurisprudencia sobre el leasing*. En Revista de Derecho Bancario y Bursátil, N° 27, octubre-diciembre julio-septiembre 1987, p. 651; JIMÉNEZ DE PARGA Y CABRERA y GISPÉRT PASTOR, ob. cit., p. 489; ROJO AJURIA, ob. cit. (*La responsabilidad...*), p. 2.025; SAT de Valencia, 2 de diciembre de 1986 (RAJ 1986/7157).

*que jurisprudencialmente es conceptualizado como un contrato con base a los principios de autonomía negocial y de la libertad que proclama el artículo 1.255 del Código Civil”.*¹²³

Adhiero a esta última posición al constatar, además, que las normas en actual vigor han sido diseñadas para fines fiscales y administrativos de regulación de la actividad de las empresas de leasing, pero no reglamentan los aspectos sustantivos de la operación¹²⁴ (por ejemplo, las consecuencias del incumplimiento del proveedor respecto del usuario, materia que es objeto de este trabajo y que se ha mencionado justamente como uno de los problemas que amerita una legislación específica para el leasing financiero¹²⁵), y los

¹²³ Ver, por ejemplo, STS de 11 de febrero de 2010 (RJ 2010/531); STS de 4 de diciembre de 2007 (RJ 2008/42); SAP de Madrid de 26 de junio de 2007 (AC 2007/1894); STS de 14 de diciembre de 2004 (RJ 2004/8038); STS de 3 de febrero de 2000 (RJ 2000/621); STS de 28 de noviembre de 1997 (RJ 1997/8273); SAP de Cantabria de 15 de enero de 1997 (AC 1997/102); SAP de Salamanca de 14 de febrero de 1995, (AC 1995/296); STS de 26 de junio de 1989 (RJ 1989/4786). Sin enunciar la fórmula transcrita, pero concordando en el carácter atípico del contrato, ver STS de 13 de julio de 2006 (RJ 2006/4967); STS de 2 de febrero de 2006 (RJ2006/494), que, luego de señalar expresamente el carácter atípico, expresa que, sin embargo, no tiene carácter innominado, ya que la ley efectúa diversas referencias a la figura, desde un punto de vista sustancialmente tributario; STS de 25 de enero de 2001 (RJ 2001/1001); STS de 4 de junio de 2000 (RJ 2000/4399); STS de 7 de febrero de 2000 (RJ 2000/282); SAP de Castellón de 31 de mayo de 1999 (AC 1999/1045), según la cual se trata de un contrato “parcialmente atípico (sigue huérfano de regulación jurídico-privada, por ej.), confiado casi íntegramente a la autonomía de la voluntad...”; SAP de Castellón de 21 de octubre de 1998 (AC 1998/2269); STS de 25 de junio de 1997 (RJ 1997/5210); SAP de Toledo de 9 de enero de 1996 (AC 1996/136); STS de 7 de febrero de 1995 (RJ 1995/1226); SAP de Asturias de 18 de enero de 1994 (AC 1994/193); SAP de Santa Cruz de Tenerife de 26 de septiembre de 1992. Así también se entendía bajo la legislación anterior. Al efecto, ver STS de 26 de junio de 1989 (RJ 1989/4786); SAT de Valencia de 2 de diciembre de 1986 (RAJ 1986/7157), que contienen parte de la fórmula arriba transcrita; STS de 10 de abril de 1981 (RJ 1981/1532). En contra, STS de 18 de noviembre de 1983 (RJ 1983/6487).

¹²⁴ En este sentido se pronunció gran parte de la doctrina bajo la vigencia de la ley 26/1988. Ver al efecto CORTÉS, ob. cit., p. 548; DÍAZ MORENO, Alberto, *Jurisprudencia más destacada sobre: forma de fianza mercantil, fianza por deudas futuras y contrato de leasing y de lease back*. En Derecho de los negocios, Año nº 17, Nº 188 (2006), p. 710; FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, ob. cit., p. 204; GARCÍA VILLAVARDE, ob. cit., p. 17; GONZÁLEZ VÁSQUEZ, ob. cit., p. 1.285, 1.289, 1.291 y 1.302; GUTIÉRREZ GILSANZ, ob. cit., p. 29, para quien la definición legal tiene un carácter limitado que se deriva de que las normas que se refieren al leasing financiero tienen una finalidad específica, no siempre coincidente con la del Derecho Privado; MARTÍNEZ MARTÍN, ob. cit., p. 595; REAL PÉREZ, ob. cit. (*El leasing...*), p. 236; REAL PÉREZ, ob. cit. (*El incumplimiento...*), p. 397; SAP de Madrid de 26 de junio de 2007 (AC 2007/1894); SAP de Cantabria de 15 de enero de 1997 (AC 1997/102). Ver también DGRN, Resolución Nº 1797/2005, de 29 de enero; DGRN, Resolución Nº 8157/1998, de 26 de octubre. Estas opiniones resultan plenamente aplicables bajo la actual ley 10/2014 que, como se ha dicho, transcribe casi íntegramente la reglamentación anterior. Bajo la ley vigente se pronuncia en el sentido indicado la DGRN, Resolución Nº 8659/2016, de 28 de julio.

¹²⁵ SULTANOV, ob. cit., p. 645.

aspectos que pudieran parecer sustantivos deben entenderse establecidos en congruencia con los mencionados fines administrativos de las normas.¹²⁶

La mencionada finalidad de las normas reguladoras del leasing financiero nos conduce a otro problema: su discutible carácter imperativo en el ámbito jurídico privado (aclarando que es indudable su carácter imperativo en el ámbito administrativo). Si bien hay quien se manifestó a favor del carácter imperativo de la disposición adicional séptima de la ley 26/1988 (cuyo contenido ha sido sustancialmente trasladado a la disposición adicional tercera de la ley 10/2014) también en el ámbito privado,¹²⁷ me parece más acertada la conclusión contraria, es decir, que las antedichas disposiciones no impiden a los particulares celebrar contratos de leasing financiero que no respeten uno o más de los requisitos de la norma, amparándose en la libertad que otorga el art. 1.255 CC. En dicho caso el efecto de la vulneración consistirá en privar a los intervinientes de los beneficios establecidos por la legislación fiscal, además de las sanciones que se deriven de la infracción de las normas de los establecimientos financieros de crédito, pero el contrato será perfectamente válido.¹²⁸

¹²⁶ Una posición particular sostiene MANZANO SOLANO, ob. cit., p. 1.791 y 1.813, ya que reconoce el carácter atípico del contrato, aunque señala que *“empieza a estar tipificado en nuestro Derecho positivo, siquiera se trate de normas de naturaleza económica y fiscal”*, mencionando la disposición adicional séptima de la ley 26/1988, a la que atribuye carácter sustantivo, aunque incompleto. También considera sustantiva dicha regulación GARCÍA GARNICA, ob. cit. (*El régimen jurídico...*), p. 62, aunque reconoce con posterioridad (ob. cit., p. 89) que el apartado 1 de la disposición adicional séptima (hoy contenido en el apartado 1 de la disposición adicional tercera de la ley 10/2014), más que consagrar una definición o delimitación del leasing financiero, contiene una *“mera aproximación descriptiva al desarrollo básico de esta operación comercial completa y, aun ésta, con una finalidad meramente instrumental. Dirigida a precisar, de un lado, la actividad que integra el objeto social de ciertas entidades de nuestro sistema financiero y, de otro, el supuesto de hecho al que se va a aplicar un determinado régimen fiscal. Esta aproximación mediata a la configuración del contrato explica que el legislador no precise su causa jurídica, ni el régimen de derechos y obligaciones de los contratantes, ni la eficacia del contrato frente a terceros, ni haga mención alguna a las especialidades que presenta la articulación de la operación en atención a su objeto; ni siquiera el ámbito aplicativo del contrato es precisado de forma satisfactoria (...) De modo que a partir de ella, será labor del intérprete, de un lado, extraer los elementos que configuran el contrato de leasing financiero y, de otro, concretar sus distintas manifestaciones y modalidades.”* Esta rotunda afirmación contrasta con la anterior, ya que constatadas tales gravísimas falencias de contenido sustantivo, la autora no aclara cuál es el contenido sustantivo e imperativo que la norma estaría consagrandolo.

¹²⁷ GARCÍA GARNICA, ob. cit. (*El régimen jurídico...*), p. 63, fundando la conclusión en los términos imperativos en que está redactada la norma, pero reconociendo que la cuestión es susceptible de interpretación, por no estar expresamente resuelta por el legislador; VILLAR URIBARRI, ob. cit., p. 96.

¹²⁸ En este sentido, CABANILLAS SÁNCHEZ, ob. cit. (*La configuración...*), p. 981; CORTÉS, ob. cit., p. 548; FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, ob. cit., p. 204; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, ob. cit., p. 309,

Sin pronunciarse expresamente sobre el asunto, el Tribunal Supremo parece inclinarse por esta opinión, al reconocer la autonomía de la figura en base al art. 1.255 CC (y no en base a la ley 26/1988 o la ley 10/2014) y afirmar que “*teniendo en cuenta los parámetros fijados por la legislación fiscal, en cuanto a falta de una regulación sustantiva que pueda introducir elementos imperativos específicos en la determinación del contenido de esta figura contractual y dotarla de un contenido típico, pueden contribuir a precisar y determinar la finalidad económico-social definitoria de este contrato dentro de los usos mercantiles...*”¹²⁹ y que “*tratándose de un contrato atípico (...) que sin perjuicio de la normativa imperativa, ciertamente escasa, sobre obligaciones y contratos, se rige esencialmente por sus propias estipulaciones, convenidas por las partes en aras al principio de autonomía de la voluntad...*”¹³⁰

Por último cabe agregar que si bien la situación de atipicidad puede favorecer el desarrollo del leasing,¹³¹ también se ha hecho notar la inseguridad jurídica que genera el hecho de que el legislador no se decida a abordar su régimen jurídico de forma completa y sistemática, sino que se limite a realizar intervenciones de mínimos o de emergencia, dispersas en varias normas,¹³² razones que justificarían ampliamente una regulación sistemática de la figura.¹³³ Dicha regulación podría llegar con la futura aprobación del ACM, cuya reglamentación tiene, sin embargo, algunos aspectos que a mi juicio son mejorables.¹³⁴

quien parece apoyar esta posición, por lo menos en lo referente a la duración del contrato; GONZÁLEZ VÁSQUEZ, ob. cit., p. 1.301 y 1.303, para quien el contrato sería válido incluso si la empresa de leasing no pertenece al sector financiero, como exige la ley, caso en el cual la infracción sería sancionada con normas de carácter administrativo; REAL PÉREZ, ob. cit. (*El incumplimiento...*), p. 401, Nota N° 18; VARA DE PAZ, ob. cit., p. 197.

¹²⁹ STS de 2 de febrero de 2006 (RJ2006/494), Fundamento de Derecho Tercero. El subrayado es mío. Como puede apreciarse, el Tribunal estima que la figura carece de regulación sustantiva e imperativa, y que la función de las normas vigentes se limita a *contribuir* a precisar y determinar su finalidad.

¹³⁰ STS de 4 de diciembre de 2007 (RJ 2008/42), Fundamento de Derecho Segundo.

¹³¹ BRAZIL, ob. cit., p. 39, para el ámbito doméstico, destacando el obstáculo que significa la falta de regulación para el caso del leasing internacional; ROJO AJURIA, ob. cit. (*Leasing mobiliario*), p. 294.

¹³² GARCÍA GARNICA, ob. cit. (*El régimen jurídico...*), p. 56.

¹³³ SANTOS SÁNCHEZ, ob. cit., p. 480, quien recomienda seguir los lineamientos de Unidroit.

¹³⁴ Ver *infra* N° 20 y 24.5.

10. 1. 2- *Carácter consensual.*

El leasing financiero tiene carácter consensual porque desde el punto de vista sustantivo la ley no ha impuesto formalidad especial para la manifestación de la voluntad,¹³⁵ sin perjuicio de las normas administrativas aplicables y de que el contrato de leasing mobiliario suele formalizarse en una póliza intervenida por fedatario público¹³⁶ (podría también celebrarse por escritura pública¹³⁷), mientras que el inmobiliario debe suscribirse por escritura pública a fin de practicar las inscripciones correspondientes en el Registro de Propiedad.¹³⁸

Sin perjuicio de lo anterior, se debe tener presente que si se quiere inscribir el contrato de leasing mobiliario en el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles,¹³⁹ deberá cumplirse con los requisitos de la Orden Ministerial de 19 de julio de 1999, que aprueba la Ordenanza para el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles,¹⁴⁰ que, entre

¹³⁵ En este sentido, aunque destacando la habitualidad y conveniencia de la forma escrita, DÍAZ ECHEGARAY, ob. cit., p. 723-724; GONZÁLEZ VÁSQUEZ, ob. cit., p. 1.296 y 1.303-1.304; PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, ob. cit., p. 593; SÁNCHEZ CALERO y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, ob. cit., p. 294. En contra, GARCÍA GARNICA, ob. cit. (*El régimen jurídico...*), p. 120, basándose en la normativa reglamentaria.

¹³⁶ DE LA CUESTA RUTE, ob. cit. (*Jurisprudencia...*), p. 660; DÍAZ ECHEGARAY, ob. cit., p. 724; GARCÍA GARNICA, ob. cit. (*El régimen jurídico...*), p. 121; GONZÁLEZ VÁSQUEZ, ob. cit., p. 1.303; GUTIÉRREZ GILSANZ, ob. cit., p. 42; PARRA LUCÁN, María Ángeles, *El leasing en la jurisprudencia*. En Aranzadi Civil 1994-II, p. XXV. En el mismo sentido, ver STS de 21 de enero de 2002 (RJ 2002/19); STS de 21 de diciembre de 2001 (RJ 2002/250); STS de 4 de diciembre de 1997 (RJ 1997/8728); STS de 26 de febrero de 1996 (RJ 1996/1264) y la SAP de Castellón de 21 de octubre de 1998 (AC 1998/2269), donde se expone que los respectivos contratos se formalizaron mediante póliza intervenida por corredor de comercio colegiado.

¹³⁷ Ello le haría aplicable la preferencia del art. 1.924.3 CC. Ver PARRA LUCÁN, ob. cit. (*La función...*), p. 2.230. También se ha previsto este efecto como producto de la asimilación del documento intervenido por fedatario mercantil a la escritura pública. Ver al efecto DE LA CUESTA RUTE, ob. cit. (*Jurisprudencia...*), p. 663-664; STS de 8 de julio de 2008 (RJ 2008/3352); SAP de Guadalajara de 27 de noviembre de 1996 (AC 1996/2132); y la STS de 18 de junio de 2008 (RJ 2008/4702).

¹³⁸ GARCÍA GARNICA, ob. cit. (*El régimen jurídico...*), p. 121; GONZÁLEZ VÁSQUEZ, ob. cit., p. 1.303.

¹³⁹ La inscripción beneficia fundamentalmente a la empresa de leasing, quien verá de este modo facilitadas sus acciones contra el usuario. Ver al efecto el art. 250 N° 11 LEC, que concede la tramitación en juicio verbal para la acción de resolución y restitución del bien; y la disposición adicional primera LVPBM, que también consagra normas procesales más favorables respecto de los contratos de leasing financiero que hayan sido inscritos.

¹⁴⁰ Publicada en el B.O.E. de 20 de julio de 1999

otros requisitos, exige que el contrato se adecúe a los modelos oficiales aprobados por la Dirección General de los Registros y del Notariado, regulados en el art. 11 de la citada Ordenanza, y cuya inobservancia provoca la suspensión de la inscripción de acuerdo al art. 17 de la misma norma.

10. 1. 3.- *Carácter mercantil.*

Si bien hay autores que han defendido el carácter civil del contrato,¹⁴¹ la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia concuerdan en señalar su carácter mercantil,¹⁴² por aplicación del criterio analógico del art. 2 CdeC;¹⁴³ porque las empresas de leasing son sociedades mercantiles;¹⁴⁴ porque se trata de actos habituales que constituyen el objeto principal de estos establecimientos financieros de crédito;¹⁴⁵ porque el usuario utiliza el bien en el ejercicio de su actividad empresarial según la disposición adicional tercera de la ley 10/2014; y en definitiva, porque las dos partes son empresarios.¹⁴⁶

¹⁴¹ CHULIA VICENT y BELTRÁN ALANDETE, ob. cit., p. 59 y 61; CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, ob. cit., p. 332.

¹⁴² BUITRAGO RUBIRA, ob. cit. (*El leasing mobiliario...*), p. 95; BURGOS PÉREZ DE ANDRADE, ob. cit., p. 391; CANO RICO, ob. cit., p. 251; DE LA CUESTA RUTE, ob. cit. (*Jurisprudencia...*), p. 660; DELGADO CORDERO, Ana María, *Contrato de leasing: régimen jurídico, figuras contractuales afines: compraventa a plazos y contrato de renting. Comentario de la sentencia del TS de 14 de diciembre de 2004 (RJ 2004, 8038)*. En Revista de Derecho Patrimonial, N° 15 (2005), p. 177; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, ob. cit., p. 313; GARCÍA VILLAYERDE, ob. cit., p. 28; GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*Leasing financiero mobiliario...*), p. 178; GONZÁLEZ VÁSQUEZ, ob. cit., p. 1.296; GUTIÉRREZ GILSANZ, ob. cit., p. 73; LÓPEZ FRÍAS, ob. cit. (*Los contratos conexos...*), p. 111; PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, ob. cit., p. 593; SÁNCHEZ-PARODI PASCUA, ob. cit., p. 162; VARA DE PAZ, ob. cit., p. 202; SERRA MALLOL, ob. cit., p. 12.901. En cuanto a la jurisprudencia, ver STS de 4 de diciembre de 2007 (RJ 2008/42) y STS de 3 de febrero de 2000 (RJ 2000/621). Dentro de los contratos mercantiles, se ha calificado al leasing financiero como un contrato bancario. En este sentido, BUITRAGO RUBIRA, ob. cit. (*El leasing mobiliario...*), p. 94; CORTÉS, ob. cit., p. 517ss; FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, ob. cit., p. 209; GARCÍA SOLÉ, ob. cit. (*Leasing. Acción directa...*), p. 536.

¹⁴³ GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, ob. cit., p. 313; GARCÍA VILLAYERDE, ob. cit., p. 28; SÁNCHEZ-PARODI PASCUA, ob. cit., p. 162; SERRA MALLOL, ob. cit., p. 12.901.

¹⁴⁴ BURGOS PÉREZ DE ANDRADE, ob. cit., p. 391; CANO RICO, ob. cit., p. 251; LÓPEZ FRÍAS, ob. cit. (*Los contratos conexos...*), p. 111.

¹⁴⁵ CANO RICO, ob. cit., p. 252; LÓPEZ FRÍAS, ob. cit. (*Los contratos conexos...*), p. 111; PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, ob. cit., p. 593.

¹⁴⁶ GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, ob. cit., p. 313; GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*Leasing financiero mobiliario...*), p. 178; GONZÁLEZ VÁSQUEZ, ob. cit., p. 1.296; GUTIÉRREZ GILSANZ, ob. cit., p. 73; SERRA MALLOL, ob. cit., p. 12.901.

10. 1. 4.- Contrato de adhesión.

Se ha atribuido esta característica al contrato de leasing propiamente dicho porque es la empresa de leasing quien establece las cláusulas contractuales en formularios preestablecidos.¹⁴⁷ Generalmente el contrato está conformado por condiciones generales y por condiciones particulares. En estas últimas se deja constancia de las características especiales de cada operación, que se traducen fundamentalmente en la especificación del bien objeto del contrato, el proveedor, el precio y el plazo.¹⁴⁸

En relación con lo anterior se ha resaltado su carácter de contrato pactado sobre la base de condiciones generales,¹⁴⁹ definidas en el art. 1.1 de la ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación,¹⁵⁰ como aquellas “cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras

¹⁴⁷ BURGOS PÉREZ DE ANDRADE, ob. cit., p. 391; CHULIA VICENT y BELTRÁN ALANDETE, ob. cit., p. 45 y 52; DÍAZ ECHEGARAY, ob. cit., p. 724; GARCÍA GARNICA, ob. cit. (*El régimen jurídico...*), p. 59; GONZÁLEZ VÁSQUEZ, ob. cit., p. 1.296; GUTIÉRREZ GILSANZ, ob. cit., p. 37; JIMÉNEZ DE PARGA Y CABRERA y GISPERT PASTOR, ob. cit., p. 498; MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, ob. cit., p. 232; MARTÍNEZ MARTÍN, ob. cit., p. 596; PACHECO CAÑETE, ob. cit., p. 32; PARRA LUCÁN, ob. cit. (*El leasing...*), p. XVI; REAL PÉREZ, ob. cit. (*“Leasing”...*), p. 506; REAL PÉREZ, ob. cit. (*El incumplimiento...*), p. 401; SANTOS SÁNCHEZ, ob. cit., p. 476; STS de 4 de diciembre de 2007 (RJ 2008/42). Para Italia, ver DE NOVA, ob. cit. (*Il contratto...*), p. 36; GASPARRO, Tommaso, *In tema di leasing finanziario e di inversione del rischio contrattuale* (Nota a Cass. sez. III civ. 19 febbraio 2008, n. 4235). En *Giurisprudenza italiana*, 2009, fasc. 7, p. 1.668; IMBRENDA, ob. cit. (*Il leasing...*), p. 19; PURCARO, ob. cit. (*La locazione...*), p. 3 y 117.

¹⁴⁸ CLARIZIA, ob. cit., (*La locazione...*), p. 128-131; FRADEJAS RUEDA, ob. cit.; SANTOS SÁNCHEZ, ob. cit., p. 476; GUTIÉRREZ GILSANZ, ob. cit., p.40; SANTOS SÁNCHEZ, ob. cit., p. 476.

¹⁴⁹ Con anterioridad a la ley de condiciones generales de la contratación, ver CABANILLAS SÁNCHEZ, ob. cit. (*La naturaleza...*), p. 86; CABANILLAS SÁNCHEZ, ob. cit. (*La configuración...*), p. 994; MARTÍNEZ MARTÍN, ob. cit., p. 595; REAL PÉREZ, ob. cit. (*El incumplimiento...*), p. 401. En Italia también se ha destacado la aplicación de la normativa de condiciones generales de la contratación (arts. 1.341 y 1.342 del CC italiano). Ver al efecto DE NOVA, ob. cit. (*Il contratto...*), p. 36; PURCARO, ob. cit. (*La locazione...*), p. 117-119, para quien la cláusula que adjudica al usuario todos los riesgos de la compraventa podría resultar excesiva en ciertos casos, vulnerando el art. 1341 CC italiano, al imponerle la asunción de ciertos riesgos que exceden el criterio de normalidad en relación con la función del contrato, transformándolo para el usuario de conmutativo a aleatorio. Para Estados Unidos ver FIRST FED. FIN. SERV. V. DERRINGTON’S CHEVRON, INC., Court of Appeals of Wisconsin, 22 de septiembre de 1999, caso en que la Corte calificó de abusiva la cláusula de elección de jurisdicción impuesta por la empresa de leasing, afirmando que ésta debe aceptar la responsabilidad por las cláusulas que predispuso en la respectivo formato de contrato.

¹⁵⁰ Publicada en el B.O.E. de 14 de abril de 1998.

*circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos.” No obstante esta característica, cabe señalar que la protección otorgada por la mencionada ley sólo será aplicable al leasing de consumo (en caso de que se adopte la tesis de su admisión en el ordenamiento español), ya que los efectos de las condiciones generales que constituyan cláusulas abusivas sólo serán aplicables a los contratos celebrados con consumidores, y no a los contratos entre empresarios.¹⁵¹ En todo caso, las normas de dicha ley podrán ser utilizadas en materia de interpretación. Así, por ejemplo, el art. 6.2 señala que “*las dudas en la interpretación de las condiciones generales oscuras se resolverán a favor del adherente*”, norma coherente con el art. 1.288 CC, según el cual “*la interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad.*”¹⁵²*

10. 2- Elementos objetivos.

Los contratos que integran la operación de leasing financiero deben cumplir con los requisitos que el Código Civil establece para las obligaciones y los contratos en general. Sin embargo, existen otros elementos que concurren de manera esencial en la operación de leasing financiero, y que permiten configurar un contenido propio. Tales elementos característicos son el bien, el precio, el plazo y la opción de compra, que se analizarán por separado en los siguientes puntos.

¹⁵¹ Ver art. 8 de la ley y su preámbulo. Este último señala que “*el concepto de cláusula contractual abusiva tiene así su ámbito propio en la relación con los consumidores (...) Esto no quiere decir que en las condiciones generales entre profesionales no pueda existir abuso de una posición dominante. Pero tal concepto se sujetará a las normas generales de nulidad contractual*”. La sanción de nulidad del art. 8.1, aplicable a la contratación entre empresarios, ha sido calificada como una repetición del art. 6.3 del Código Civil y, por lo tanto, innecesaria y de escasa aplicación práctica al leasing financiero, ya que en el supuesto de hecho la nulidad provendrá de la aplicación de la norma de Derecho Común. En este sentido, GUTIÉRREZ GILSANZ, ob. cit., p. 96-102.

¹⁵² GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*Leasing financiero mobiliario...*), p. 191; GONZÁLEZ CASTILLA, Francisco, *En torno a las cláusulas de exoneración del arrendador financiero y de subrogación del usuario en las acciones frente al proveedor (Sentencia de 24 de mayo de 1999 (Civil). R.A. 3927/1999)*. En Revista de Derecho Mercantil, año 1999, N° 234, p. 1.778. Ver también MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, ob. cit., p. 232, quien agrega que la ley 7/1998 se aplica con preferencia al Código Civil, según lo dispuesto en el art. 6.3 de dicha ley.

10. 2. 1.- El bien.

En cuanto a las características del bien objeto del contrato, deberá tratarse de cosas no consumibles;¹⁵³ presentes o futuras,¹⁵⁴ corporales o incorpóreas,¹⁵⁵ muebles o inmuebles, aun cuando se ha discutido si son susceptibles de leasing financiero sólo los inmuebles por naturaleza o si también lo son las demás especies de bienes raíces.¹⁵⁶

En relación con este requisito, la disposición adicional tercera de la ley 10/2014 (así como su antecesora disposición adicional séptima de la ley 26/1988) exige que los bienes objeto de leasing *“habrán de quedar afectados por el usuario únicamente a sus explotaciones agrícolas, pesqueras, industriales, comerciales, artesanales, de servicios o profesionales”*, lo que vendría a excluir a las modalidades denominadas leasing público y leasing de consumo, solución que no me parece exacta. Respecto del leasing público, su legitimación proviene art. 9 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, texto refundido de la ley de contratos del sector público.¹⁵⁷ Respecto del leasing de consumo, algunos autores se han

¹⁵³ BUITRAGO RUBIRA, ob. cit. (*El leasing mobiliario...*), p. 60; CABANILLAS SÁNCHEZ, ob. cit. (*La configuración...*), p. 976, quien agrega que no pueden ser objeto de leasing los bienes cuya duración física o jurídica sea inferior a los plazos que establecía en su momento la Disposición Adicional Séptima de la ley 26/1988 (hoy consagrados en el art. 106.2 LIS); CHULIA VICENT y BELTRÁN ALANDETE, ob. cit., p. 24; DE LA CUESTA RUTE, ob. cit. (*Reflexiones...*), p. 552; ILLESCAS ORTIZ, ob. cit., p. 88; SAP de Barcelona de 25 de mayo de 1994 (AC 1994/890), que habla de “bienes duraderos”.

¹⁵⁴ ILLESCAS ORTIZ, ob. cit., p. 90-91.

¹⁵⁵ CRISTINA UDA, ob. cit., p. 55-63; DÍAZ ECHEGARAY, ob. cit., p. 722; GARCÍA SOLÉ, ob. cit. (*El leasing en la práctica...*), p. 281. En contra, CHULIA VICENT y BELTRÁN ALANDETE, ob. cit., p. 24 y 44; DE LA CUESTA RUTE, ob. cit. (*Reflexiones...*), p. 552, para quienes el bien debe tener naturaleza corporal. El leasing sobre algunos bienes inmateriales tiene ciertas particularidades, como es el caso del software, en cuyo caso el titular del derecho de autor licencia el software a la empresa de leasing, la que, a su vez, lo sublicencia al usuario. Ver al efecto GARCÍA SOLÉ, ob. cit. (*El leasing en la práctica...*), p. 281, así como el sustento fáctico de la sentencia estadounidense FIELDTECH AVIONICS & INSTRUMENTS, INC. v. COMPONENT CONTROL COM., INC., Court of Appeals of Texas, Second District, Fort Worth, 7 de agosto de 2008.

¹⁵⁶ A este respecto ver GARCÍA GARNICA, ob. cit. (*El régimen jurídico...*), p. 78ss.

¹⁵⁷ Durante la vigencia de la ley 26/1988 se pronunciaron a favor del leasing público, entre otros, GARCÍA GARNICA, ob. cit. (*El régimen jurídico...*), p. 70ss; GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*Leasing financiero mobiliario...*), p. 73; BUITRAGO RUBIRA, ob. cit. (*Leasing financiero...*), p. 122, para quien la afectación del bien a un uso o servicio público por parte de las Administraciones Públicas no desvirtúa ni la naturaleza financiera del contrato ni la finalidad de esta institución.

pronunciado a favor de su exclusión,¹⁵⁸ pero hay quienes estiman que esta posibilidad no debe descartarse de plano.¹⁵⁹ ¹⁶⁰ El principal argumento para llegar a esta última conclusión radica en la calificación administrativa (no sustantiva) de la citada disposición adicional. De ello se deriva que si el usuario no destina el bien a los fines explicitados por la norma, el contrato será igualmente eficaz, aunque no podrá beneficiarse de los efectos fiscales.¹⁶¹ En relación con lo anterior, ha habido casos en que se ha intentado recurrir a las normas de la ley de consumidores y usuarios para juzgar un litigio originado en un leasing

¹⁵⁸ CABANILLAS SÁNCHEZ, ob. cit. (*La configuración...*), p. 976 y 995; CABANILLAS SÁNCHEZ, ob. cit. (*La resolución...*), p. 334; GARCÍA GARNICA, ob. cit. (*El régimen jurídico...*), p. 72-73; MARTÍNEZ MARTÍN, ob. cit., p. 597-598; PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, ob. cit., p. 593; ROJO AJURIA, ob. cit. (*Leasing mobiliario*), p. 69, para quien el leasing no debería ser utilizado en el sector del crédito al consumo, tanto porque la estructura de aquél no se adapta a las normas de éste (que buscan proteger al consumidor), como porque dicha estructura proporciona unas ventajas fiscales y contables que incentivan el crédito a la inversión, las que se deslegitiman cuando se sale de este sector de la economía. En base a los mismos argumentos de Rojo Ajuria, GUTIÉRREZ GILSANZ, ob. cit., p. 96 constata que el leasing financiero se celebra entre empresarios, pero no se pronuncia directamente sobre la imposibilidad legal de que el usuario sea un consumidor.

¹⁵⁹ AGUILAR RUIZ, ob. cit., p. 178; FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, ob. cit., p. 204 y 210, apuntando que en este caso regirán supletoriamente las normas de crédito al consumo; GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*Leasing financiero mobiliario...*), p. 52 y 74; GONZÁLEZ VÁSQUEZ, ob. cit., p. 1.285 y 1.302; LÓPEZ FRÍAS, ob. cit. (*Los contratos conexos...*), p. 111, quien adhiere a la conclusión arriba expuesta, aunque concluye que en este caso la operación no sería de leasing financiero, sino una figura distinta reconducible a un arrendamiento con opción de compra o a una venta a plazos; REAL PÉREZ, ob. cit. (*El incumplimiento...*), p. 401, Nota N° 18; SÁNCHEZ-PARODI PASCUA, ob. cit., p. 179; STS de 31 de enero de 1994 (RJ 1994/641).

¹⁶⁰ En los ordenamientos de Derecho comparado y uniforme estudiados tampoco hay una solución unívoca. Así, los textos Unidroit excluyen de su reglamentación el leasing de consumo. Ver al efecto *infra* N° 18.1 y 19.1. Por el contrario, otros ordenamientos contemplan expresamente esta posibilidad. En Italia este tipo de leasing fue regulado en el Decreto Legislativo de 1 de septiembre de 1993, N° 385, que estableció el TUB. En EEUU la sección 2A-103(1)(e) define el leasing de consumo, que el artículo 2A regula conjuntamente con los demás tipos de leasing, asignándole algunas normas especiales. Así, por ejemplo, en el leasing de consumo no rige, por regla general, la irrevocabilidad e independencia de las obligaciones del usuario, normada en la sección 2A-407. Ver al efecto SCHOENFELD, Steven, *Commercial Law: The finance lease under article 2A of the Uniform Commercial Code*. En *Annual Survey of American Law*, 1989, p. 581-582. Otras normas de excepción en la regulación del leasing de consumo pueden verse en las secciones 2A-221(b) y 2A-406(1)(b).

¹⁶¹ Ello resulta de la correlación de la disposición adicional tercera de la ley 10/2014, que establece el requisito en análisis, con el art. 106.1 LIS. Ver también DÍAZ ECHEGARAY, ob. cit., p. 721.

financiero celebrado por empresarios, lo que ha sido rechazado por los Tribunales,¹⁶² aunque en alguna ocasión se ha aceptado la aplicación de tales normas.¹⁶³

10. 2. 2.- *El precio.*

La principal obligación del usuario consiste en el pago del precio a la empresa de leasing, cuyo importe comprende la recuperación del precio de compra que ésta tuvo que pagar al proveedor, la carga financiera aplicable y los impuestos que corresponda cargar al usuario.¹⁶⁴ A lo anterior la empresa de leasing suele agregar otros costes (tales como los gastos notariales, de traslado o instalación del bien, permisos, matrículas, tasas o impuestos que graven la utilización del bien, comisiones de variada índole, etc.), que pueden ser incorporados al precio o bien cargados al usuario por separado.¹⁶⁵

Se trata, por tanto, de un precio único que se divide en cuotas.¹⁶⁶ Por ello es que el pago de dichas cuotas no implica que con cada una de ellas se esté retribuyendo el uso del

¹⁶² STS de 4 de diciembre de 1997 (RJ 1997/8728); SAP de Murcia de 19 de octubre de 1994 (AC 1994/1813).

¹⁶³ STS de 13 de noviembre de 1995 (RJ 1995/8601), con comentario negativo en este punto de GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*En torno...*), p. 1.778, que califica la aplicación de tales normas como “dudosa”; MARTÍNEZ MARTÍN, ob. cit., p. 596-597; REAL PÉREZ, ob. cit. (*El incumplimiento...*), p. 421.

¹⁶⁴ BELTRÁN ALANDETE, ob. cit., p. 668-669; CABANILLAS SÁNCHEZ, ob. cit. (*La configuración...*), p. 977; CHULIA VICENT y BELTRÁN ALANDETE, ob. cit., p. 45; DÍAZ ECHEGARAY, ob. cit., p. 722; MANZANO SOLANO, ob. cit., p. 1786; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, ob. cit., p. 309; ROJO AJURIA, ob. cit. (*La responsabilidad...*), p. 2.023; SANTOS SÁNCHEZ, ob. cit., p. 475; STS de 10 de abril de 1981 (RJ 1981/1532). En Italia también se da esta estructura al precio. Ver al efecto, CAMERA DI COMMERCIO DI MILANO, ob. cit., p. 552; IMBRENDA, ob. cit. (*Il leasing...*), p. 86; IMBRENDA, ob. cit. (*Leasing...*), p. 84; PACINI, Fiorello, *Gli usi negoziali in tema di leasing mobiliare*. En *Giurisprudenza di Merito*, 1987, Parte IV, p. 261. La forma de cálculo del precio en base a la amortización del costo del bien también se tuvo en cuenta en la redacción del art. 1.2(c) CUAFI y art. 2 LMUL. Ver al efecto UNIDROIT, ob. cit. (*Draft convention...*), p. 40 y UNIDROIT, *Official commentary to the UNIDROIT model law on leasing*. Disponible en <http://www.unidroit.org/english/documents/2010/study59a/s-59a-24-e.pdf> Consulta: 21 de enero de 2017, N° 20. En todo caso, cabe destacar que los instrumentos Unidroit no exigen que la empresa de leasing recupere de esta forma todo el precio pagado, ya que puede recuperarse parte mediante leasing y parte mediante otras fórmulas. Ver al efecto CUMING, ob. cit., p. 48.

¹⁶⁵ BEY, El-Mokhtar, *Les rapports des parties dans la loi type d'UNIDROIT sur la location et la location-financement*. En *Uniform Law Review*, UNIDROIT, N° 2009-2, p. 619; FRADEJAS RUEDA, ob. cit., p. 244, 246 y 249; GARCÍA GARNICA, ob. cit. (*El régimen jurídico...*), p. 120.

¹⁶⁶ Ver al efecto la condición particular cuarta del modelo de contrato de leasing financiero de AELR, donde se dispone que “la renta total a satisfacer por el arrendatario financiero, incluidas la carga financiera e impuesto indirecto asciende, en el momento de la celebración de este contrato, a () euros,

bien por cada uno de esos períodos (como ocurre en el arrendamiento), sino que se trata de partes de una misma obligación que se fracciona para facilitar el pago al usuario.¹⁶⁷

10. 2. 3.- El plazo.

El art. 106.2 LIS dispone que los contratos de leasing financiero celebrados por establecimientos financieros de crédito tendrán una duración mínima de 2 años cuando tengan por objeto bienes muebles, y de 10 años cuando tengan por objeto bienes inmuebles o establecimientos industriales, sin perjuicio de que reglamentariamente, para evitar prácticas abusivas, se puedan establecer otros plazos mínimos de duración del contrato en función de las características de los distintos bienes que puedan constituir su objeto. No obstante lo anterior, y en consideración a la calidad estrictamente fiscal (no sustantiva) de la norma, estimo que el plazo puede pactarse libremente¹⁶⁸ (sin perjuicio de que el contrato que no respete la norma no podrá acogerse a los beneficios fiscales que ella establece¹⁶⁹), siendo usual que se determine en función de la vida útil del bien,¹⁷⁰ considerando su

y queda distribuida en las cuotas...”; condición general N° 3 del modelo de contrato de leasing financiero de Toyota Financial Services, donde se señala que “el arrendatario financiero reconoce deber y se obliga (...) a pagar al arrendador financiero el precio contractual del arrendamiento financiero cuyo importe total, composición de la cuotas en que éste se divide y forma de pago, figuran en las condiciones particulares...” (el subrayado es mío).

¹⁶⁷ BUITRAGO RUBIRA, ob. cit. (*Leasing financiero...*), p. 128; GARCÍA GARNICA, ob. cit. (*El régimen jurídico...*), p. 115; GARCÍA SOLÉ, ob. cit. (*La subrogación...*), p. 1.062. Así se desprende también de la descripción de hechos en STS de 26 de junio de 1989 (RJ 1989/4786). Ver también *infra* N° 10.3.1 y 27.5.2.

¹⁶⁸ Así se entendió bajo la vigencia de la Disposición Adicional Séptima de la ley 26/1988, que contenía un plazo que posteriormente fue trasladado a la antigua ley de impuesto de sociedades. Ver al efecto GONZÁLEZ VÁSQUEZ, ob. cit., p. 1.316. En contra, SAP de Guadalajara de 27 de noviembre de 1996 (AC 1996/2132), que estimó que la regulación de la Disposición Adicional Séptima de la ley 26/1988 tenía carácter obligatorio, considerando el cumplimiento del plazo que dicha norma contenía como uno de los elementos que permiten calificar un contrato como de leasing financiero.

¹⁶⁹ DÍAZ ECHEGARAY, ob. cit., p. 724.

¹⁷⁰ BELTRÁN ALANDETE, ob. cit., p. 668; CABANILLAS SÁNCHEZ, ob. cit. (*La naturaleza...*), p. 60; CHULIA VICENT y BELTRÁN ALANDETE, ob. cit., p. 45; DE LA CUESTA RUTE, ob. cit. (*Reflexiones...*), p. 534-535 y 592-593; DI FORTUNATO, ob. cit., p. 9; IMBRENDA, ob. cit. (*Il leasing...*), p. 47; KRONKE, ob. cit., p. 323, NARDI, ob. cit. p. 292 (Nota N° 2); ROJO AJURIA, ob. cit. (*La responsabilidad...*), p. 2.024; STS de 10 de abril de 1981 (RJ 1981/1532). En contra, PURCARO, Dario, *Struttura del contratto di locazione finanziaria ed effetti della sua risoluzione*. En *Giurisprudenza Italiana*, año 142, 1990, p. 353-354, para quien la duración del contrato se establece únicamente en función al precio del bien.

calidad de mueble o inmueble. Este plazo se pacta con carácter irrevocable,¹⁷¹ lo que debe entenderse en relación con el principio de irrevocabilidad e independencia de las obligaciones del usuario.¹⁷²

10. 2. 4.- La opción de compra.

La referida opción se plantea como una alternativa al usuario, quien al final del período de ejecución contractual puede optar entre: A) Restituir el bien a la empresa de leasing; B) Celebrar un nuevo contrato de leasing financiero con la misma empresa sobre el mismo bien; C) Adquirir la propiedad del bien pagando un valor residual, es decir, ejercer la opción de compra.¹⁷³ El usuario debe comunicar a la empresa de leasing la alternativa

¹⁷¹ CABANILLAS SÁNCHEZ, ob. cit. (*La naturaleza...*), p. 43; CABANILLAS SÁNCHEZ, ob. cit. (*La configuración...*), p. 964 y 977; CHULIA VICENT y BELTRÁN ALANDETE, ob. cit., p. 22; DE LA CUESTA RUTE, ob. cit. (*Reflexiones...*), p. 539 y 592; FRADEJAS RUEDA, ob. cit., p. 259; GARCÍA SOLÉ, ob. cit. (*La subrogación...*), p. 1.062; ILLESCAS ORTIZ, ob. cit., p. 87, Nota N° 31; REAL PÉREZ, ob. cit. (*El leasing...*), p. 237; REAL PÉREZ, ob. cit. (*"Leasing"...*), p. 505; REAL PÉREZ, ob. cit. (*El incumplimiento...*), p. 400 y 401; ROJO AJURIA, ob. cit. (*La responsabilidad...*), p. 2.023; SANTOS SÁNCHEZ, ob. cit., p. 475; STS de 1 de marzo de 2011 (RJ 2011/2615); SAP de Murcia de 19 de octubre de 1994 (AC 1994/1813); SAP de Barcelona de 25 de mayo de 1994 (AC 1994/890); SAT de Valencia de 2 de diciembre de 1986 (RAJ 1986/7157), en cuyo Fundamento de Derecho Octavo se explica que la irrevocabilidad se refiere a que, una vez firmado el contrato, su terminación no está sujeta a la voluntad de las partes individualmente consideradas, sin perjuicio de que se pueda pedir la resolución por incumplimiento de la contraria, aunque no por hechos ajenos al mismo contrato. Ver también la condición particular segunda del modelo de contrato de leasing financiero de AELR, donde se dispone que "*el presente Arrendamiento Financiero tiene una duración de () meses, contados desde la fecha de su firma, siendo dicha duración irrevocable por voluntad unilateral de cualquiera de las partes.*"

¹⁷² Respecto de la irrevocabilidad e independencia ver *infra* N° 22.1.5 y 27.5.2.

¹⁷³ Según ILLESCAS ORTIZ, ob. cit., p. 98-99 la opción se reduce a dos alternativas: adquisición del bien o celebración de un nuevo contrato de arrendamiento, ya que la alternativa de dejar extinguir el contrato y restituir el bien no es más que el efecto final que viene predeterminado en el contrato de leasing y que se producirá aun cuando el usuario observe una conducta pasiva. En el mismo sentido de concebir la opción como doble, JIMÉNEZ DE PARGA Y CABRERA y GISPERT PASTOR, ob. cit., p. 491 y 493. Por su parte, DE LA CUESTA RUTE, ob. cit. (*Reflexiones...*), p. 594-595 estima que la opción se reduce a una: adquirir o no adquirir el bien en virtud de la promesa unilateral de venta que hace la empresa de leasing. Ello porque resulta poco congruente configurar la devolución del bien como una opción, y porque la supuesta opción por un nuevo período del mismo arrendamiento no es tal, desde que en los formularios no se establecen de antemano las condiciones de dicho nuevo arrendamiento, sino que estas deberán pactarse llegado el momento, por lo que no se trata de un segundo período de arrendamiento, sino de un contrato nuevo que deberá pactarse desde cero. En este último sentido, la cláusula séptima del modelo de contrato de leasing financiero del Banco Santander y la condición general N° 5 del modelo de contrato de leasing financiero de Toyota Financial Services contemplan dos alternativas del usuario: ejercitar la opción de compra, o no hacerlo, con la consecuente restitución del bien.

elegida dentro del plazo establecido en el contrato, ya que el acto de ejercicio de la opción tiene carácter recepticio.¹⁷⁴ Si no lo hace, en algunos contratos se entiende que opta por la adquisición del bien,¹⁷⁵ mientras que en otros se establece como consecuencia la obligación de restitución y el pago de multas por el retraso en la devolución.¹⁷⁶

En Derecho comparado la opción de compra no siempre es requerida, pudiendo distinguirse dos tipos de regulaciones: aquellos ordenamientos en los que se exige como elemento esencial; y aquellos ordenamientos en los que no se exige, aunque puede pactarse sin desnaturalizar la operación.

En el primer grupo se suele mencionar a Italia¹⁷⁷ y España, donde la disposición adicional tercera de la ley 10/2014 (al igual que su antecesora disposición adicional séptima de la ley 26/1988) establece que “*el contrato de arrendamiento financiero incluirá necesariamente una opción de compra, a su término, en favor del usuario.*” Esta norma ha llevado a algunos autores¹⁷⁸ y en algunas ocasiones al Tribunal Supremo¹⁷⁹ a estimar este elemento

¹⁷⁴ GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, ob. cit., p. 314. En la condición particular séptima del modelo de contrato de leasing financiero de AELR se establece un plazo de “*treinta días inmediatamente anteriores a la conclusión del período de cesión de uso*”, mientras que en la cláusula séptima del modelo de contrato de leasing financiero del Banco Santander se establece “*una antelación mínima de 60 días naturales antes de la terminación del contrato*”.

¹⁷⁵ Ver la cláusula séptima del modelo de contrato de leasing financiero del Banco Santander, donde se pacta que “*por la mera superación de dicho límite temporal sin que el Usuario realice la citada comunicación se entenderá que éste ha elegido la opción a) anterior y, en consecuencia, que desea ejercitar la opción de compra y adquirir los Bienes*”; FRADEJAS RUEDA, ob. cit., p. 259.

¹⁷⁶ Ver la cláusula Séptima letra e) de las condiciones particulares del modelo de contrato de leasing financiero de AELR, donde se pacta que “*si el arrendatario financiero no ejercitase la opción de compra, deberá restituir al arrendador financiero la posesión de los bienes al término del período de cesión de uso, o quedará obligado a pagar una cantidad igual al doble del importe de la última cuota de aquél por cada mes o fracción de mes que continúe reteniendo la posesión, salvo que ambas partes conviniesen en celebrar, respecto de los mismos bienes, un nuevo contrato de arrendamiento*”; condición general N° 5 del modelo de contrato de leasing financiero de Toyota Financial Services, donde se pacta que “*al fin del período de uso reseñado en las Condiciones Particulares, el Arrendatario Financiero deberá restituir los bienes al Arrendador Financiero salvo que ejercite entonces la opción de compra (...) De no ejercitarse la opción de compra, el retraso en el cumplimiento de la obligación de devolver los bienes al término del período de cesión de uso facultará al Arrendador Financiero para exigir de el Arrendatario Financiero un importe igual al de la última cuota contractual por cada mes o fracción de mes de demora en la restitución*”. Ver también DÍAZ ECHEGARAY, ob. cit., p. 728 y SAP de de Sevilla de 9 de marzo de 2017 (JUR 2017/136948).

¹⁷⁷ BUONOCUORE, ob. cit., p. 27, en base a la TUB; DI FORTUNATO, ob. cit., p. 11, Nota N° 10.

¹⁷⁸ BUITRAGO RUBIRA, ob. cit. (*El leasing mobiliario...*), p. 113; CABANILLAS SÁNCHEZ, ob. cit. (*La configuración...*), p. 987, al estimar que si la opción se pacta de manera ficticia, habrá simulación, por lo que deben aplicarse las normas de la compraventa a plazos; CECCHINI ROSELL, Xavier, *El*

como esencial. Sin embargo, otros estiman este pacto como no esencial, fundamentalmente debido al ya mencionado carácter estrictamente fiscal y administrativo de la norma.¹⁸⁰ Sin perjuicio de esta discusión, cabe advertir que el criterio del legislador español parece haber cambiado, ya que el art. 576-1.2 ACM se establece que “los contratos de arrendamiento financiero podrán incorporar un derecho de opción de compra ejercitable al finalizar el contrato”, consagrando de este modo el carácter opcional de la opción, materia en que se siguió el criterio de los instrumentos Unidroit¹⁸¹ y que ha sido objeto de crítica.¹⁸²

leasing y la compraventa de bienes muebles a plazos. EN AA.VV., “Homenaje a Luis Rojo Ajuria. Escritos jurídicos”, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cantabria, Santander, 2002, p. 225; DELGADO CORDERO, ob. cit., p. 178; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, ob. cit., p. 313; GARCÍA GARNICA, ob. cit. (*El régimen jurídico...*), p. 98 y 250ss, que prefiere hablar de “derecho de adquisición preferente del bien”, al que concibe como inescindible del derecho de uso, que en conjunto darían lugar a un derecho nuevo de carácter real; GARCÍA GARNICA, ob. cit., (*Comentario...*), p. 789; GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*Leasing financiero mobiliario...*), p. 97; GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*Una vez más...*), p. 2.166; GONZÁLEZ VÁSQUEZ, ob. cit., p. 1.284, para quien, de no existir la opción, estaríamos frente a un simple arrendamiento, mientras que si la opción operara automáticamente, estaríamos frente a una compraventa a plazos; PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, ob. cit., p. 593.

¹⁷⁹ Ver STS de 4 de diciembre de 2007 (RJ 2008/42); STS de 25 de enero de 2001 (RJ 2001/1001); STS de 7 de febrero de 2000 (RJ 2000/282); STS de 7 de febrero de 1995 (RJ 1995/1226). En cuanto a la jurisprudencia de Audiencias Provinciales y Tribunales Superiores, ver SAP de Cáceres de 14 de diciembre de 1998 (AC 1998/8480); SAP de Guadalajara de 27 de noviembre de 1996 (AC 1996/2132); STSJ de Navarra de 22 de mayo de 1992 (RJ 1992/6198), aunque en términos no categóricos, al señalar que la opción es “comúnmente reputada esencial en el leasing financiero”. Ver también STS de 11 de febrero de 2010 (RJ 2010/531), que calificó como una compraventa a plazo con reserva de dominio un contrato que las partes denominaron como leasing, entre otros motivos, por carecer de opción de compra.

¹⁸⁰ SÁNCHEZ CALERO, ob. cit., p. 20, sin referencia a la norma comentada, sino tomando como modelo la regulación de la CUAFI; VARA DE PAZ, ob. cit., p. 197; STS de 2 de diciembre de 1999 (RJ 1999/9477). Antes de la disposición adicional séptima de la ley 26/1988, CABANILLAS SÁNCHEZ, ob. cit. (*La naturaleza...*), p. 62; DE LA CUESTA RUTE, ob. cit. (*Reflexiones...*), p. 598 e ILLESCAS ORTIZ, ob. cit., p. 103 se pronunciaba a favor del carácter no esencial de la opción de compra.

¹⁸¹ MINISTERIO DE JUSTICIA, ob. cit. (*Memoria...*), p. 47. Las normas respectivas de Unidroit son citadas en el párrafo siguiente del texto.

¹⁸² CONSEJO DE ESTADO, *Dictamen N° 837/2014, sobre Anteproyecto de Ley del Código Mercantil*, 19 de enero de 2015. Disponible en <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2014-837> Consulta: 20 de enero de 2017, donde se critica la norma, tanto por implicar “un alejamiento del concepto tradicional del arrendamiento financiero, en el que la opción de compra constituye un requisito esencial”, como por su abierta contradicción con la disposición adicional séptima de la ley 26/1988 (hoy disposición adicional tercera de la ley 10/2014), que no es derogada por el ACM.

En el segundo grupo de ordenamientos se puede encontrar a Estados Unidos, en cuya regulación la opción de compra no aparece mencionada entre los elementos caracterizadores de la operación en la sección 2A-103(1)(g). Debe hacerse presente, eso sí, que el UCC reconoce la posibilidad de incluir tal opción, que dependiendo de las circunstancias puede no desnaturalizar la operación, o bien transformarla en una operación garantizada cuando el precio de la opción es inexistente o simbólico.¹⁸³ También encontramos en este grupo a los instrumentos Unidroit, donde los arts. 1.3 CUAFI¹⁸⁴ y 2 LMUL¹⁸⁵ consagran el carácter no esencial de la opción de compra.

Por mi parte creo que la opción de compra es un elemento que ha venido definiendo el leasing financiero en su evolución, y que es pactado con tanta frecuencia en la práctica que bien puede decirse que lo financiado por la empresa de leasing es la utilización del bien y la eventual adquisición de su dominio.¹⁸⁶

10. 3.- Su discutida naturaleza jurídica.

Como ya se adelantó, la mayoría de la doctrina y de la jurisprudencia estima que el contrato de leasing financiero propiamente dicho es atípico en el ordenamiento jurídico español. Quizás es debido a la mencionada atipicidad que su naturaleza jurídica ha provocado una nutrida discusión doctrinal. Si bien hay quien ha planteado que este tema carece de importancia real,¹⁸⁷ creo que sí la tiene, ya que en nuestro sistema jurídico es la calificación que se haga de un contrato atípico la que permite construir una estructura

¹⁸³ Ver sección 1-203(b) y (c). En contra, WANG, ob. cit., p. 136 estima que la opción de compra hace degenerar la operación en una venta condicional.

¹⁸⁴ Ver UNIDROIT, ob. cit. (*Draft convention...*), p. 38.

¹⁸⁵ Ver UNIDROIT, ob. cit. (*Official commentary*), N° 20.

¹⁸⁶ Ver *infra* N° 27.5.2.

¹⁸⁷ ROJO AJURIA, ob. cit. (*Leasing mobiliario*), p. 225ss, para quien el problema de la calificación jurídica del leasing financiero está en un tercer grado, después de la preocupación por la supervivencia de la industria del leasing en base a la subsistencia de los incentivos fiscales establecidos (preocupación de primer grado), y de la operatividad de la empresa de leasing (en especial el problema de su financiación) y la incidencia de las medidas de control y política económica por parte de los Estados (preocupaciones de segundo grado).

coherente que permita proporcionar soluciones a los problemas teóricos y prácticos que presente la institución objeto de estudio.¹⁸⁸

Cuando los contornos jurídicos de una institución contractual no están fijadas objetivamente o su consagración positiva es deficiente y discutiblemente sustantiva (como es el caso de leasing), el problema de la determinación de su naturaleza jurídica puede resultar más o menos difícil dependiendo de si en la realidad social dicha institución ha logrado o no uniformidad. Afortunadamente el leasing financiero ha logrado bastante uniformidad en la forma en que los operadores jurídicos redactan los contratos¹⁸⁹ (tipicidad social), lo que permite abordar el problema de la naturaleza jurídica desde una base más sólida.¹⁹⁰ Desde dicha base práctica debe abordarse el problema, sin tratar de forzar la realidad para tratar de encuadrarla dentro de las figuras típicas tradicionales.¹⁹¹

¹⁸⁸ Destacan también la importancia del tema, entre otros, DÍAZ ECHEGARAY, ob. cit., p. 713; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, ob. cit., p. 309; GARCÍA GARNICA (ob. cit. (*El régimen jurídico...*), p. 151ss; GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*Leasing financiero mobiliario...*), p. 155; GUTIÉRREZ GILSANZ, ob. cit., p. 67; REAL PÉREZ, ob. cit. (*El incumplimiento...*), p. 406; SAP de Castellón de 21 de octubre de 1998 (AC 1998/2269).

¹⁸⁹ DI FORTUNATO, ob. cit., p. 19; EMBID IRUJO, José Miguel, *Sobre la naturaleza jurídica del contrato de leasing*. En La Ley, 1990-4, p. 710; IMBRENDA, ob. cit. (*Il leasing finanziario...*), p. 30 y 56; IMBRENDA, ob. cit. (*Il leasing*), p. 21; MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, ob. cit., p. 223; PURCARO, ob. cit. (*Struttura...*), p. 359 y 360; REAL PÉREZ, ob. cit. (*El incumplimiento...*), p. 416; SÁNCHEZ-PARODI PASCUA, ob. cit., p. 159; SAP Castellón de 31 de mayo de 1999 (AC 1999/1045); STS de 7 de febrero de 1995 (RJ 1995/1226); SAP de Santa Cruz de Tenerife de 26 de septiembre de 1992; SAT de Valencia de 2 de diciembre de 1986 (RAJ 1986/7157). En contra hay quienes estiman que el contenido del contrato no es uniforme, debiendo remitirse el análisis a las cláusulas concretas del contrato específico que se analice. En este sentido, BURGOS PÉREZ DE ANDRADE, ob. cit., p. 387, quien, refiriéndose al leasing financiero inmobiliario, sostiene que existe una “frecuente variación de ese contenido contractual, de acuerdo a las cláusulas consentidas por las partes, o impuestas por una de ellas, que producen una imprecisión de sus contornos”; GONZÁLEZ VÁSQUEZ, ob. cit., p. 1.295. En estas opiniones ha tenido bastante influencia una expresión que constantemente se ha introducido en varias sentencias del Tribunal Supremo, según la cual el contrato de leasing financiero tendría un “contenido no uniforme” (ver *supra* N° 10.1.1), apreciación que ha sido reiterada en alguna jurisprudencia administrativa. Ver al efecto DGRN, Resolución N° 8659/2016, de 28 de julio; DGRN, Resolución N° 1797/2005, de 29 de enero; DGRN, Resolución N° 8157/1998, de 26 de octubre.

¹⁹⁰ Puede verse un completo análisis de las principales cláusulas establecidas en la práctica por las empresas de leasing, con las eventuales variaciones establecidas por algunas empresas, en FRADEJAS RUEDA, ob. cit. y GUTIÉRREZ GILSANZ, ob. cit., p. 36 a 55.

¹⁹¹ DE LA CUESTA RUTE, ob. cit. (*Reflexiones...*), p. 547; GUTIÉRREZ GILSANZ, ob. cit., p. 67.

A continuación expongo las principales tesis formuladas para determinar la naturaleza jurídica del leasing financiero, las que serán objeto de una valoración global en el epígrafe final.

10. 3. 1.- Tesis del arrendamiento.

Esta tesis, a la que adhiere gran parte de la doctrina¹⁹² y la jurisprudencia¹⁹³ españolas, se fundamenta en que las prestaciones esenciales del arrendamiento de cosas

¹⁹² BURGOS PÉREZ DE ANDRADE, ob. cit., quien parece adherir a esta tesis para el leasing mobiliario (p. 364), y a la tesis de la compraventa a plazo para el leasing inmobiliario (p. 389 y 390); CABANILLAS SÁNCHEZ, ob. cit. (*La naturaleza...*), p. 58-66, para quien debido a su carácter financiero puede calificarse como arrendamiento especial; CANO RICO, ob. cit., p. 251, quien lo califica como arrendamiento atípico; CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, ob. cit., p. 332 y 333, para quien la causa remota del contrato es la propia del arrendamiento de cosas, mientras que la causa concreta o fin perseguido por las partes es la financiación para la adquisición del bien; DE PRADA GONZÁLEZ, ob. cit., p. 649 y 663, para quien si bien el contrato tiene una causa financiera, no puede desconocerse el vehículo utilizado para la financiación, que es un contrato de compraventa y un contrato de arrendamiento, todo ello a pesar de seguir aparentemente la concepción unitaria; DÍAZ MUYOR, Manuel, *Arrendamiento financiero y vinculación de contratos (comentario a la STS de 26 de febrero de 1996)*. En AA.VV., “Contratación bancaria”, Pedro del Pozo Carrascosa y Manuel Díaz Muyor (coord.), Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 404-405, aunque sin pronunciarse expresamente, entiende que la causa del contrato bilateral de leasing es la cesión de uso y estima aplicable varias normas del arrendamiento de cosas; JIMÉNEZ DE PARGA Y CABRERA y GISPERT PASTOR, ob. cit., p. 491; ILLESCAS ORTIZ, ob. cit., p. 87, 108-114 quien, no obstante, reconoce que se trata de un arrendamiento que produce ciertos “efectos extratípicos”, por contener ciertas prestaciones extrañas (no previstas en la ley) o anómalas (difícilmente compaginables con el resto de la regulación legal), agregando que al arrendamiento se suma una opción de compra o de nuevo arrendamiento, conexa con el arrendamiento primitivo y subordinada a él, pero sin que lleguen a conformar un contrato mixto; LÓPEZ FRÍAS, ob. cit. (*Los contratos conexos...*), p. 115, para quien el leasing financiero, aun siendo atípico, contiene elementos propios del arrendamiento, de cuya naturaleza participa en alguna medida, aunque también contienen aspectos característicos de los contratos de financiación; SÁNCHEZ CALERO, ob. cit., p. 20, según quien la causa del contrato es la cesión del uso de un determinado bien; SERRA MALLOL, ob. cit., p. 12.901, según el cual en el leasing financiero hay una relación de arrendamiento respecto del bien, pero además otra de tipo préstamo en cuanto al aspecto financiero, de tal modo que el cumplimiento de las obligaciones en ambas vertientes permite la adquisición de la propiedad en su momento tras el pago del valor residual.

¹⁹³ STS de 25 de enero de 2001 (RJ 2001/1001); STS de 3 de febrero de 2000 (RJ 2000/621); STS de 20 de noviembre de 1999 (RJ 1999/8615), señalando expresamente que tanto en el leasing financiero como en el *lease-back* la causa “es el cambio de uso de la cosa por precio”; STS de 24 de mayo de 1997 (RJ 1997/4886); SAP de Toledo de 9 de enero de 1996 (AC 1996/136), donde se señala que el leasing financiero tiene elementos del arrendamiento, el préstamo y la compraventa; STS de 28 de mayo de 1990 (RJ 1990/4092), que al hacer la diferencia entre leasing y compraventa a plazo señala que la causa del primero es la cesión de uso del bien por tiempo determinado y precio cierto, con opción de compra; SAT Madrid de 1 de octubre de 1987 (AC 1987/644); SAP de Barcelona de 5 de julio de 1986 (573/1985); STS de 18 de noviembre de 1983 (RJ 1983/6487). Ver también la STS de 22 de noviembre de 2010 (RJ 2011/564), que aplicó las normas de arrendamientos urbanos a un caso de subarriendo del inmueble por parte del usuario de leasing financiero. En Italia, ver SCCI de 19 de febrero de 2008 (4235), CCI de 2 de noviembre de 1998 (10926) que no señalan expresamente que se

coincidirían con las del leasing financiero, donde la empresa de leasing (arrendador) concede al usuario (arrendatario) el uso de una cosa a cambio de un determinado precio.

En contra de esta calificación se ha argumentado que existen notables diferencias entre los elementos propios del arrendamiento regulado positivamente y los del contrato de leasing financiero.¹⁹⁴ Entre dichas diferencias se pueden mencionar las siguientes: **A)** Las cuotas de arrendamiento constituyen la contraprestación por la cesión del uso del bien y, por tanto, su importe se calcula en base al valor de mercado que se atribuye a dicho uso. Las cuotas de leasing, en cambio, no se corresponden con el precio del uso del bien, sino que constituyen el resultado de dividir el precio que pagó la empresa de leasing al proveedor, por el número de cuotas pactadas en el contrato, a lo que se agrega la carga financiera y los impuestos que graven la operación.¹⁹⁵ **B)** En el contrato la empresa de

trate de un contrato de arrendamiento, pero argumentan que el leasing no es un contrato de crédito, sino de cambio, y que la obligación de pago de las cuotas constituye la contraprestación por el valor del uso del bien.

¹⁹⁴ DE LA CUESTA RUTE, ob. cit. (*Reflexiones...*), p. 555 señala que el leasing financiero no es un arrendamiento, aunque utiliza la técnica de éste; GARCÍA SOLÉ, ob. cit. (*Leasing. Acción directa...*), p. 541; ROJO AJURIA, ob. cit. (*La responsabilidad...*), p. 2.025, quien expone las consecuencias que se derivarían de calificar el leasing financiero como un arrendamiento, las que no son compatibles con los intereses de las partes; SÁNCHEZ CALERO y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, ob. cit., p. 293-294; SAP Castellón de 31 de mayo de 1999 (AC 1999/1045). Particular resulta la reflexión hecha por el Tribunal Supremo en la STS de 30 de abril de 1998 (RJ 1998/3335) donde, en un caso de leasing financiero inmobiliario, luego de calificar el leasing financiero como un contrato mixto donde se aúnan la cesión del uso y la opción de compra como causa única, distinguió en función de la opción que tiene el usuario al terminar el contrato, afirmando que si el usuario ejercita la opción de celebrar un nuevo contrato de arrendamiento, se estará ante un supuesto de arrendamiento de bienes inmuebles, mientras que si ejercita alguna de las otras dos opciones (restituir el bien o ejercitar la opción de compra), “la voluntad de las partes no está contemplando la finalidad de cesión de uso del complejo hotelero, sino la finalidad adquisitiva del dominio a través de la operación financiera de leasing a cuya figura no le son aplicables las disposiciones de la Ley de Arrendamientos Urbanos”. En el sentido de estimar que el leasing financiero no es un arrendamiento, ver también DGRN, Resolución N° 8659/2016, de 28 de julio; DGRN, Resolución N° 1797/2005, de 29 de enero; DGRN, Resolución N° 8157/1998, de 26 de octubre.

¹⁹⁵ BEY, ob. cit., p. 619; BUITRAGO RUBIRA, ob. cit. (*El leasing mobiliario...*), p. 78; BURGOS PÉREZ DE ANDRADE, ob. cit., p. 389; CAMERA DI COMMERCIO DI MILANO, ob. cit., p. 552; CHINDEMI, ob. cit. (*Trilateralità...*), p. 192; CORBO, ob. cit., p. 180; DI FORTUNATO, ob. cit., p. 11, Nota N° 10; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, ob. cit., p. 310; GARCÍA SOLÉ, ob. cit. (*La subrogación...*), p. 1.062; GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*Leasing financiero mobiliario...*), p. 157; GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*Una vez más...*), p. 2.169; GONZÁLEZ VÁSQUEZ, ob. cit., p. 1.284 y 1.293; GORGONI, ob. cit. (*Sulla qualificazione...*), p. 479; MANZANO SOLANO, ob. cit., p. 1.798; PACINI, ob. cit., p. 261; VARA DE PAZ, ob. cit., p. 196; SCCI de 12 de marzo de 2004 (5125); CCI de 26 de enero de 2000 (854); SAP Castellón de 31 de mayo de 1999 (AC 1999/1045). En el mismo sentido, el art. 1.2(c) CUAFI dispone que “las rentas estipuladas en el contrato de arrendamiento se calculan tomando especialmente en cuenta la amortización del total o de una parte sustancial del costo del

leasing se exonera de prácticamente todas las obligaciones que corresponden a un arrendador, las que descarga, ya en el proveedor (entrega y garantía del bien), ya en el propio usuario (conservación de la cosa, daños a terceros, riesgo de deterioro o pérdida, etc.), exoneración que es impropia de un contrato de arrendamiento;¹⁹⁶ C) La cláusula de irrevocabilidad e independencia, típica del leasing financiero, es absolutamente incompatible con el arrendamiento tradicional, ya que en este último el arrendatario no queda obligado a pagar las rentas si no puede hacer uso del bien;¹⁹⁷ D) En el

equipo", criterio que siguió el art. 2 LMUL. Al efecto, los redactores de la CUAFI expresaron que se tuvo este elemento como uno de los "factores de crucial importancia" en orden a distinguir el leasing financiero de las figuras con las que había sido tradicionalmente asimilado, con especial consideración a su naturaleza financiera. Ver al efecto UNIDROIT, ob. cit. (*Draft convention...*), p. 23-24 y 40. En similar sentido ver DGRN, Resolución N° 1797/2005, de 29 de enero; DGRN, Resolución N° 8157/1998, de 26 de octubre.

En contra, los defensores de la tesis del arrendamiento argumentan que la diferencia arriba mencionada no desvirtúa la naturaleza arrendaticia del contrato. Ver en este sentido DE PRADA GONZÁLEZ, ob. cit., p. 646 y 671, para quien esta forma de calcular el monto de las cuotas no implica una diferencia sustancial con el arrendamiento; ILLESCAS ORTIZ, ob. cit., p. 88, que justifica la diferencia en virtud de la libertad contractual para determinar el precio del arrendamiento; JIMÉNEZ DE PARGA Y CABRERA y GISPERT PASTOR, ob. cit., p. 492 y 495, quienes estiman que la mencionada diferencia corresponde a una valoración económico-financiera, no jurídica (por lo tanto inapropiada para calificar el contrato), y que las cuotas no corresponden a fracciones del precio, sino que remuneran a la empresa de leasing el valor económico consumado por el usuario, es decir, su depreciación más los costes de adquisición, por lo que la suma de las cuotas puede resultar mayor, menor o igual que el precio de adquisición. Se puede apreciar, sin embargo, que los mismos autores terminan reconociendo que el precio del contrato de leasing retribuye el valor de adquisición y, en consecuencia, no el valor de mercado atribuido al uso del bien, como debería ser si se tratase de un arrendamiento. Ver también SCCI de 19 de febrero de 2008 (4235), argumentando que la obligación de pago de las cuotas constituye la contraprestación por el valor del uso del bien.

¹⁹⁶ BERNÁLDEZ BERNÁLDEZ, Manuel Pedro, *Arrendamiento financiero (contrato de leasing)* (Comentario de la sentencia de la Audiencia Territorial de Valencia número 3.023, de 2 de diciembre de 1986). En Revista General de Derecho, N° 510, marzo 1987, p. 737-748; BUITRAGO RUBIRA, ob. cit. (*El leasing mobiliario...*), p. 76-78; DE LA CUESTA RUTE, ob. cit. (*Reflexiones...*), p. 555-556, 585-586, 588-589; DI FORTUNATO, ob. cit., p. 11, Nota N° 10; FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, ob. cit., p. 208; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, ob. cit., p. 310-311; GARCÍA GARNICA, ob. cit. (*El régimen jurídico...*), p. 193; GARCÍA SOLÉ, ob. cit. (*La subrogación...*), p. 1.059; GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*Leasing financiero mobiliario...*), p. 159-160; GONZÁLEZ VÁSQUEZ, ob. cit., p. 1.293; IMBRENDA, ob. cit. (*Il leasing*), p. 60; MANZANO SOLANO, ob. cit., p. 1.798-1.799; MARTÍN CASALS Miquel y RUDA GONZÁLEZ, Albert, *Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 2003*. En Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, N° 65, mayo-septiembre 2004, p. 851; ROJO AJURIA, ob. cit. (*La responsabilidad...*), p. 2.025-2.026; VARA DE PAZ, ob. cit., p. 196; SAP de Santa Cruz de Tenerife de 26 de septiembre de 1992; DGRN, Resolución N° 8157/1998, de 26 de octubre. En contra, CABANILLAS SÁNCHEZ, ob. cit. (*La naturaleza...*), p. 64; JIMÉNEZ DE PARGA Y CABRERA y GISPERT PASTOR, ob. cit., p. 497, para quienes esta es una particularidad que no desvirtúa el carácter arrendaticio del contrato; SÁNCHEZ-PARODI PASCUA, ob. cit., p. 150 y 210.

¹⁹⁷ IMBRENDA, ob. cit. (*Il leasing*), p. 60.

arrendamiento el bien pertenece con anterioridad al arrendador, mientras que en el leasing financiero el bien es adquirido por la empresa de leasing con el único fin de celebrar el contrato, de manera que dicha empresa carece de interés en el bien y más bien financia su uso;¹⁹⁸ E) La forma que se pacta la opción de compra propia del leasing sería incompatible con la causa arrendaticia;¹⁹⁹ F) Si bien la disposición adicional tercera de la ley 10/2014 (al igual que la disposición adicional séptima de la ley 26/1988) habla de “arrendamiento financiero”, lo que podría significar una preconcepción acerca de su naturaleza jurídica, al definir la figura señala que el objeto del contrato es la “*cesión del uso*” del bien, lo que implica un notable cambio de redacción respecto del art. 19 del Real Decreto Ley 15/1977, de 25 de febrero, sobre medidas fiscales, financieras y de inversión pública,²⁰⁰ que establecía como objeto del contrato el “*arrendamiento*” del bien.²⁰¹ En todo caso, vale la pena poner de manifiesto que el legislador español no parece haber tomado una postura definitiva en este aspecto, ya que el art. 576-1.1 ACM vuelve a decir que por medio del leasing financiero la empresa de leasing “*cede en arrendamiento*” el bien al usuario.

10. 3. 2.- *Tesis italiana del mandato sin representación.*

En Italia hay doctrina²⁰² y jurisprudencia²⁰³ que estructura el contrato de leasing financiero en base a las normas del mandato sin representación reglamentado en el art.

¹⁹⁸ BUITRAGO RUBIRA, ob. cit. (*El leasing mobiliario...*), p. 76; CORTÉS, ob. cit., p. 547; FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, ob. cit., p. 208; GONZÁLEZ VÁSQUEZ, ob. cit., p. 1.293; IMBRENDA, ob. cit. (*Il leasing*), p. 64; IMBRENDA, ob. cit. (*Leasing*), p. 60; VARA DE PAZ, ob. cit., p. 196. En contra, JIMÉNEZ DE PARGA Y CABRERA y GISPERT PASTOR, ob. cit., p. 491 y 497, para quienes ésta es una particularidad que no desvirtúa el carácter arrendaticio del contrato. En el mismo sentido, ILLESCAS ORTIZ, ob. cit., p. 90, especialmente Nota N° 37, quien califica esta circunstancia como una peculiaridad del arrendamiento-leasing, que se justifica por su carácter financiero.

¹⁹⁹ DI FORTUNATO, ob. cit., p. 10; MANZANO SOLANO, ob. cit., p. 1.799.

²⁰⁰ Publicado en el B.O.E. de 28 de febrero de 1977 (derogado).

²⁰¹ GARCÍA SOLÉ, ob. cit. (*La subrogación...*), p. 1.068.

²⁰² BACCIARDI, Edoardo, *Leasing finanziario: La Cassazione apre le porte della tutela dichiarativa all'utilizzatore*. En *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2008, fasc. 6, p. 740; DI FORTUNATO, ob. cit., p. 25ss; PENNETTA, Anna Livia, *Leasing finanziario e legittimazione dell'utilizzatore ad agire direttamente nei confronti del fornitore*. En *Il Corriere giuridico*, 2007, fasc. 10, p. 1.436. En contra, FOCHEATO, Enea, *Causa unitaria nell'ambito dell'operazione di leasing finanziario e tutela dell'utilizzatore: una svolta della cassazione?* En *I Contratti*, 2007, N° 4, p. 378.

1705.2 CC italiano,²⁰⁴ entendiendo que el usuario otorga un mandato de estas características a la empresa de leasing a fin de que ésta adquiera el bien y luego lo dé en goce al usuario/mandante.²⁰⁵ Según la doctrina y la jurisprudencia citadas, esta conclusión estaría confirmada por lo dispuesto en el art. 10 CUAFI²⁰⁶ y en el art. 125 quinquies N° 3 TUB.²⁰⁷

La doctrina en análisis tiene importancia para el objeto de este trabajo, ya que sus partidarios justifican de esta forma la acción directa del usuario frente al proveedor, por lo menos para el ejercicio de la acción de cumplimiento y de la indemnizatoria derivada del

²⁰³ SCCI de 16 de noviembre de 2007 (23794); SCCI de 27 de julio de 2006 (17145); SCCI de 19 de mayo de 2006 (11776); SCCI de 1 de octubre de 2004 (19657); SCCI de 2 de noviembre de 1998 (10926). También toman elementos de esta tesis las SCCI de 12 de marzo de 2004 (5125) y 26 de enero de 2000 (854), a pesar de adherir a la tesis unitaria del leasing financiero.

²⁰⁴ El art. 1705 CC italiano dispone lo siguiente: “Mandato sin representación.

El mandatario que actúa en nombre propio adquiere los derechos y asume las obligaciones derivadas de los actos celebrados con terceros, aunque éstos hayan tenido conocimiento del mandato.

Los terceros no tienen ninguna relación jurídica con el mandante. Sin embargo, el mandante, asumiendo la posición del mandatario, podrá ejercitar los derechos de crédito derivados de la ejecución del mandato, a menos que ello pueda perjudicar los derechos atribuidos al mandatario por las disposiciones del artículo siguiente” (traducción propia).

²⁰⁵ Sin perjuicio de lo expuesto, la doctrina del mandato sin representación ha sido aplicada también a actos ejecutados respecto del bien durante la etapa de goce por parte del usuario. Ver al efecto SCCI de 16 de noviembre de 2007 (23794), referida a un contrato de obra (*appalto*) celebrado para la ampliación de un inmueble dado en leasing.

²⁰⁶ DI FORTUNATO, ob. cit., p. 27; SCCI de 16 de noviembre de 2007 (23794); SCCI de 27 de julio de 2006 (17145); SCCI de 12 de marzo de 2004 (5125); SCCI de 2 de noviembre de 1998 (10926). En contra de esta opinión, BACCIARDI, ob. cit., p. 738, para quien lo anterior obedece a una ficción jurídica; FOCHEATO, ob. cit., p. 379, para quien el art. 10, más que basarse en la doctrina del mandato, se establece sobre la consideración del usuario como parte de la operación económica unitaria en base a contratos conexos.

²⁰⁷ DI FORTUNATO, ob. cit., p. 27.

incumplimiento.²⁰⁸ Dicha legitimación emanaría de la ley, y no del contrato, por lo que no requeriría previsión contractual para configurarse.²⁰⁹

Sin embargo, como se sostiene la calidad de tercero del usuario en el contrato de compraventa²¹⁰ (y no se pueden vulnerar los derechos del mandatario en el antedicho contrato²¹¹), se estima que el usuario no tendría acción para ejercitar las acciones edilicias²¹² ni la acción resolutoria.²¹³

Contra esta tesis se ha argumentado que tiene un muy difícil encaje con los principios propios del mandato.²¹⁴ En efecto, se dice que la jurisprudencia ha otorgado a la acción directa del art. 1705.2 CC italiano un carácter excepcional, limitándola al ejercicio del derecho de crédito, con exclusión de las acciones contractuales, entre ellas la de resarcimiento de daños, lo que se justifica porque dicha norma constituye una derogación a la regla general de inexistencia de relación jurídica entre el mandante (usuario) y el tercero (proveedor). Sin embargo, al trasponer dicha disciplina al ámbito del leasing

²⁰⁸ DI FORTUNATO, ob. cit., p. 25; GASPARRO, ob. cit., p. 1.669; PENNETTA, ob. cit., p. 1.436; SCCI de 16 de noviembre de 2007 (23794); SCCI de 27 de julio de 2006 (17145); SCCI de 19 de mayo de 2006 (11776); SCCI de 1 de octubre de 2004 (19657); SCCI de 2 de noviembre de 1998 (10926). En contra, FOCESATO, ob. cit., p. 378 estima que el usuario no puede ejercitar la acción indemnizatoria contra el proveedor, fundando esta conclusión en que el art. 1.705 CC italiano sólo habilita al mandante (usuario) para ejercitar el derecho de crédito contra el tercero (proveedor), y en que la acción directa constituye una excepción a la inexistencia de relación jurídica entre el mandante y el tercero.

²⁰⁹ DI FORTUNATO, ob. cit., p. 26; PENNETTA, ob. cit., p. 1.436; SCCI de 16 de noviembre de 2007 (23794); SCCI de 2 de noviembre de 1998 (10926).

²¹⁰ DI FORTUNATO, ob. cit., p. 24; FOCESATO, ob. cit., p. 378; SCCI de 27 de julio de 2006 (17145).

²¹¹ DI FORTUNATO, ob. cit., p. 24; SCCI de 16 de noviembre de 2007 (23794); SCCI de 2 de noviembre de 1998 (10926).

²¹² DI FORTUNATO, ob. cit., p. 25 a 27, argumentando que la legitimación activa en estas acciones correspondería a la empresa de leasing en su calidad de contratante, a menos que el usuario exija al proveedor la eliminación de los vicios, acción que quedaría comprendida dentro de la de cumplimiento. Una posición contraria parece sostener la SCCI de 1 de octubre de 2004 (19657), al decir que el usuario sí podría ejercitar directamente contra el proveedor “*las acciones de garantía por vicio*” del bien (no queda claro del texto de la sentencia si se refiere a la garantía comercial para reparación del bien, o a las acciones edilicias).

²¹³ DI FORTUNATO, ob. cit., p. 22-24; SCCI de 27 de julio de 2006 (17145), que adhiere a esta posición no obstante desecha por asuntos procesales el recurso de casación contra la sentencia recurrida que había declarado resuelto el contrato de compraventa.

²¹⁴ GASPARRO, ob. cit., p. 1669.

financiero, se reconoce al usuario la acción de indemnización de daños y perjuicios, excluida en el ámbito del mandato.²¹⁵

En España un sector minoritario de la doctrina ha propuesto una tesis similar, al estimar que la empresa de leasing financia como prestamista la adquisición del usuario, al tiempo que actúa como un mero mandatario de acuerdo con los intereses e instrucciones del mismo. La diferencia es que se trataría de un mandato *con* representación, derivado de la interpretación *sensu contrario* del art. 1717.1 CC, en el podría apoyarse una acción directa del usuario contra el proveedor que le permitiría reclamar todo el daño causado, evitando tener que recurrir al “peligroso artificio formal” de la cláusula de subrogación.²¹⁶

Cabe mencionar que en Italia también se ha concebido la posibilidad de legitimar convencionalmente al usuario contra el proveedor sobre la base de un mandato *con* representación, pero estimando que dicho mandato es otorgado por la empresa de leasing al usuario para ejercitar las acciones que le corresponden como compradora en el contrato de compraventa.²¹⁷

10. 3. 3.- Tesis de la compraventa de bienes muebles a plazo.

Esta tesis se planteó fundamentalmente bajo la vigencia de la ley 50/1965, de 17 de julio, sobre venta de bienes muebles a plazos,²¹⁸ cuyo art. 2 definía la venta a plazos como “el contrato mediante el cual el vendedor entrega al comprador una cosa mueble corporal y recibe de éste, en el mismo momento, una parte del precio, con la obligación de pagar el resto diferido...”, señalando a continuación que se entendían comprendidos “los actos o contratos, cualquiera que sea su forma jurídica, mediante los cuales las partes se propongan conseguir los mismos fines

²¹⁵ BACCIARDI, ob. cit., p. 739; FOCESATO, ob. cit., p. 378. A ello se puede agregar que incluso hay casos en que la Corte de Casación ha estimado procedente la acción indemnizatoria por vicios de la cosa, lo que amplía más aún el ámbito de la acción directa a casos no comprendidos en el art. 1705.2 CC italiano. Así sucedió en la SCCI de 1 de octubre de 2004 (19657).

²¹⁶ MARTÍN CASALS y RUDA RODRÍGUEZ, ob. cit., p. 851-852. En contra de la calificación del leasing como mandato, DE LA CUESTA RUTE, ob. cit. (*Reflexiones...*), p. 558-565; GONZÁLEZ VÁSQUEZ, ob. cit., p. 1.283. Por su parte, VARA DE PAZ, ob. cit., p. 196, seguido por GUTIÉRREZ GILSANZ, ob. cit., p. 72, advierte que, si bien la empresa de leasing adquiere el bien “por encargo” del usuario, dicha relación a lo sumo podría calificarse de comisión mercantil atípica, ya que la citada empresa no compra el bien para transmitir la propiedad al usuario, sino que compra para sí, cediendo al usuario solamente el uso del bien.

²¹⁷ PENNETA, ob. cit., p. 1.435.

²¹⁸ Publicada en el B.O.E. de 21 de julio de 1965 (derogada).

económicos que con la venta a plazos". A partir de estas normas un sector de la doctrina concluyó que la suma pagada por el usuario a la empresa de leasing no corresponde al valor del uso del bien, sino al precio del mismo.²¹⁹ Esta posición tuvo respaldo en su momento por parte del Tribunal Supremo.²²⁰ Sin embargo, pronto se distinguieron ambas figuras, y ya la STS de 10 de abril de 1981 (RJ 1981/1532)²²¹ señaló que ambas tienen finalidad económica distinta, por lo que no se puede calificar un contrato de leasing como de compraventa a plazo si no se acredita simulación,²²² criterio que siguieron sentencias posteriores²²³ sancionándose en algunos casos dicha simulación.²²⁴

²¹⁹ Ver BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, *Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1990*. En Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, N° 23, abril-agosto 1990, p. 705, donde el autor apunta que la distinción entre leasing financiero y compraventa a plazos parece poco clara, y que la jurisprudencia ha sido desconcertante, pero que es innegable que ambas figuras persiguen un mismo fin económico, que es la financiación externa de la utilización o explotación de bienes de equipo.

²²⁰ Ver STS de 28 de marzo de 1978 (RJ 1978/852). En contra, DE LA CUESTA RUTE, ob. cit. (*Jurisprudencia...*), p. 653; REAL PÉREZ, ob. cit. (*El leasing...*), p. 239-240; REAL PÉREZ, ob. cit. (*El incumplimiento...*), p. 412 estiman que la sentencia no contiene ningún pronunciamiento acerca de la calificación del contrato de leasing, ya que su doctrina es meramente procesal.

²²¹ Ver DE LA CUESTA RUTE, ob. cit. (*Jurisprudencia...*), p. 654; REAL PÉREZ, ob. cit. (*El incumplimiento...*), p. 412, para quienes esta sentencia tampoco contiene una doctrina acerca de la calificación del contrato de leasing.

²²² En el mismo sentido, y advirtiendo el peligro de simulación en fraude a terceros, CABANILLAS SÁNCHEZ, ob. cit. (*La naturaleza...*), p. 69-73; CABANILLAS SÁNCHEZ, ob. cit. (*La configuración...*), p. 987; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, ob. cit., p. 311, 313 y 315-317, proponiendo utilizar el carácter financiero de la causa del contrato como criterio para determinar la existencia de simulación. Un criterio algo distinto sostiene PARRA LUCÁN, ob. cit. (*La función...*), p. 2.225, para quien ambas figuras tienen idéntica función económica, aunque no son contratos equiparables, al tratarse de dos alternativas de financiación ofrecidas por el propio legislador.

²²³ STS de 18 de noviembre de 1983 (RJ 1983/6487); STS de 28 de mayo de 1990 (RJ 1990/4092); SAP de Salamanca de 14 de febrero de 1995, (AC 1995/296); STS de 21 de noviembre de 2000 (RJ 2000/10429); STS de 28 de mayo de 2001 (RJ 2001/3873); STS de 21 de diciembre de 2001 (RJ 2002/250); STS de 21 de enero de 2002 (RJ 2002/19); STS de 30 de diciembre de 2003 (RJ 2003/9000); STS de 14 de diciembre de 2004 (RJ 2004/8038); STS de 13 de julio de 2006 (RJ 2006/4967), donde a fin de aclarar la diferencia entre leasing financiero y compraventa a plazos con reserva de dominio se explica que en el primero no cabe hablar de reserva de dominio, ya que el dominio pertenece a la empresa de leasing; SAP de Pontevedra de 20 de marzo de 2017 (JUR 2017/123517).

²²⁴ SAP de Pontevedra de 20 de marzo de 2017 (JUR 2017/123517), fundada en el escaso valor residual, el destino personal del vehículo (no para el uso de la empresa) y el hecho de estar inscrito éste a nombre del usuario en la Jefatura Provincial de Tráfico; STS de 29 de mayo de 2001 (RJ 2001/3874); STS de 28 de mayo de 1990 (RJ 1990/4092), fundada en la existencia de un valor residual insignificante, así como en la aceptación de una letra de cambio por parte del usuario en pago del valor residual al momento de celebración del contrato de leasing, que la empresa de

Como principal elemento de distinción entre leasing financiero y compraventa a plazos se recurrió a la cuantía del valor residual que el usuario debe pagar para ejercitar la opción de compra, entendiéndose que si dicho valor residual era insignificante (no correspondiéndose con el valor real del bien), la opción debía considerarse ficticia y el contrato debía ser calificado como compraventa a plazos.²²⁵ Este criterio, que en su momento fue seguido por el Tribunal Supremo,²²⁶ cambió a mediados de la década de 1990, cuando comenzó a predominar la idea de que la coincidencia entre el valor de las cuotas de leasing y el precio de la opción no es suficiente para desvirtuar el contrato, puesto que no hay base legal ni lógica que establezca un parámetro para indicar la proporción que debe tener la opción de compra respecto del valor monetario del bien. Esta tesis ya había sido adoptada por algunas Audiencias Provinciales²²⁷ antes de ser recogida por el Tribunal Supremo en su sentencia de 28 de noviembre de 1997 (RJ 1997/8273), y luego fue seguida por otras sentencias²²⁸ y autores,²²⁹ para quienes el valor de la opción es

leasing hizo circular, lo que desvelaba el pago anticipado del valor residual. Ver también STSJ de Navarra de 22 de mayo de 1992 (RJ 1992/6198), donde se expresa que un juicio donde se demande la simulación en estos términos debería contar con la comparecencia de los tres intervinientes en la operación.

²²⁵ CABANILLAS SÁNCHEZ, ob. cit. (*La configuración...*), p. 987; CABANILLAS SÁNCHEZ, ob. cit. (*La naturaleza...*), p. 70-73; CECCHINI ROSSEL, ob. cit., p. 225. Se decía que dicha situación se produciría con mayor frecuencia en el leasing inmobiliario ya que, producto de la continua revalorización de los bienes raíces, el valor de la opción de compra resultaría ser muy bajo en relación al precio de mercado del bien al momento de ejercer la opción. En este sentido, BURGOS PÉREZ DE ANDRADE, ob. cit., p. 389; CABANILLAS SÁNCHEZ, ob. cit. (*La configuración...*), p. 987; CABANILLAS SÁNCHEZ, ob. cit. (*La naturaleza...*), p. 73. En todo caso, vale la pena observar que se ha llegado a una conclusión parecida en el leasing mobiliario, donde se ha dicho que la operación se hace con la finalidad de favorecer el ejercicio de la opción de compra, de manera que una situación de no ejercicio de la opción sólo se puede plantear como un error de cálculo de la empresa de leasing. En este sentido, ROJO AJURIA, ob. cit. (*Leasing mobiliario*), p. 29.

²²⁶ STS de 28 de mayo de 1990 (RJ 1990/4092); STS de 10 de abril de 1981 (RJ 1981/1532).

²²⁷ Ver SAP de Badajoz de 2 de junio de 1994 (AC 1994/971); SAP de Salamanca de 14 de febrero de 1995 (AC 1995/296); SAP de Guadalajara de 27 de noviembre de 1996 (AC 1996/2132), que basaron su solución en la libertad de las partes para fijar el precio de la opción; SAP de Cantabria de 15 de enero de 1997 (AC 1997/102).

²²⁸ SAP de Castellón de 21 de octubre de 1998 (AC 1998/2269); ; SAP Castellón de 31 de mayo de 1999 (AC 1999/1045); STS de 2 de diciembre de 1999 (RJ 1999/9477); STS de 7 de febrero de 2000 (RJ 2000/282); STS de 21 de noviembre de 2000 (RJ 2000/10429); STS de 4 de junio de 2001 (RJ 2001/6655); STS de 21 de diciembre de 2001 (RJ 2002/250); STS de 21 de enero de 2002 (RJ 2002/19); STS de 30 de diciembre de 2003 (RJ 2003/9000); STS de 14 de diciembre de 2004 (RJ 2004/8038); STS de 31 de octubre de 2005 (RJ 2005/7350); STS de 4 de diciembre de 2007 (RJ 2008/42); SAP de Pontevedra de 20 de marzo de 2017 (JUR 2017/123517). No obstante, cabe destacar que el criterio ha

sólo un elemento más para hacer la distinción. Por lo demás, cabe destacar que en consonancia con la finalidad financiera de la operación y la forma de calcular el precio de las cuotas de leasing, es absolutamente lógico que el valor residual tenga un valor muy inferior al precio de mercado del bien, ya que dicho valor residual corresponde primordialmente al saldo que queda por amortizar del precio de compraventa que la empresa de leasing pagó al proveedor.²³⁰

Como argumentos en contra de la tesis que considera el leasing financiero como una compraventa a plazos se ha dicho que no es de la esencia de aquel la transferencia del dominio al usuario (como ocurre en la compraventa, cuya causa es la transferencia del dominio), ya que éste podría no ejercitar la opción de compra;²³¹ que ni siquiera la opción de compra es consustancial al leasing financiero;²³² que cuando la compraventa a plazos va acompañada de una cláusula de reserva de dominio, el comprador adquiere la propiedad de manera automática una vez transcurrido el plazo, lo que no ocurre en el leasing financiero, donde se requiere una manifestación de voluntad adicional por parte del

sido vacilante, ya que posteriormente el Tribunal Supremo ha vuelto a utilizar el elemento de la cuantía del valor residual para calificar un contrato como compraventa a plazos disimulada. Ver al efecto STS de 29 de mayo de 2001 (RJ 2001/3874). Ver también SAP Toledo de 19 de junio de 2001 (AC 2001/1462).

²²⁹ GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, ob. cit., p. 315-317; GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*Una vez más...*), p. 2.167; GONZÁLEZ VÁSQUEZ, ob. cit., p. 1.297-1.300; VARA DE PAZ, ob. cit., p. 198.

²³⁰ CORBO, ob. cit., p. 181; SAP de Pontevedra de 20 de marzo de 2017 (JUR 2017/123517); STS de 14 de diciembre de 2004 (RJ 2004/8038); STS de 7 de febrero de 2000 (RJ 2000/282).

²³¹ CABANILLAS SÁNCHEZ, ob. cit. (*La naturaleza...*), p. 61-62; CORBO, ob. cit., p. 182-193, quien destaca que el interés principal del usuario está en la utilización del bien, y que es arbitrario afirmar que en el momento de pactar el contrato tenga interés en convertirse en propietario; CORTÉS, ob. cit., p. 547; DE PRADA GONZÁLEZ, ob. cit., p. 647; DI FORTUNATO, ob. cit., p. 11, Nota N° 10; EMBID IRUJO, ob. cit., p. 713; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, ob. cit., p. 316; GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*Leasing financiero mobiliario...*), p. 163; GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*Una vez más...*), p. 2.165; GONZÁLEZ VÁSQUEZ, ob. cit., p. 1.293; IMBRENDA, ob. cit. (*Il leasing...*), p. 68, para quien el ejercicio de la opción de compra no es un efecto necesario, por depender de factores fiscales y contables; SÁNCHEZ-PARODI PASCUA, ob. cit., p. 144; SCCI de 17 de mayo de 1991 (5571), donde se aclara que la adquisición de la propiedad tiene carácter eventual, sujeta a nueva evaluación por parte del usuario, por lo que el contrato se dirige a otorgar a éste la adquisición de la potestad de uso del bien; SCCI de 6 de mayo de 1986 (3023).

²³² CABANILLAS SÁNCHEZ, ob. cit. (*La naturaleza...*), p. 62. Se debe hacer presente que la esencialidad de la opción de compra ha sido objeto de discusión, según se expuso *supra* N° 10.2.4.

usuario para adquirir el dominio, por medio del ejercicio de la opción de compra;²³³ que la empresa de leasing no ejerce una labor especulativa o comercial revendiendo el bien, sino una actividad crediticia;²³⁴ que la compraventa es un contrato real, mientras que el leasing es consensual;²³⁵ que desde una perspectiva funcional el leasing puede verse como una expresión de la tendencia actual de que la empresa no se identifica con la propiedad de los medios de producción, constituyendo una técnica con la que se potencia la financiación del uso y disfrute de determinados bienes a cambio de cánones periódicos;²³⁶ finalmente (y este es el argumento más sólido en la actualidad), que el art. 5.5 LVPBM excluye expresamente de su ámbito de aplicación al arrendamiento financiero (estableciendo solamente algunos efectos en la disposición adicional primera), dejando constancia ya en la exposición de motivos “*su especial y propia naturaleza jurídica, distinta de la compraventa a plazos*”.²³⁷

10. 3. 4.- Tesis del negocio fiduciario.

Esta tesis que ve en el leasing financiero una modalidad de *fiducia cum creditore*, una venta en garantía, de modo que la empresa de leasing adquiere un dominio meramente fiduciario (formal) sobre el bien, como garantía del préstamo que ha otorgado al usuario

²³³ CHULIA VICENT y BELTRÁN ALANDETE, ob. cit., p. 78; DE PRADA GONZÁLEZ, ob. cit., p. 647; EMBID IRUJO, ob. cit., p. 713; JIMÉNEZ DE PARGA Y CABRERA y GISPERT PASTOR, ob. cit., p. 495; SÁNCHEZ-PARODI PASCUA, ob. cit., p. 144. En Italia también critican la asimilación del leasing financiero a la compraventa con reserva de dominio DI FORTUNATO, ob. cit., p. 11, Nota N° 10; CHINDEMI, ob. cit. (*Trilateralità...*), p. 192, con referencia a la categoría que la Corte de Casación ha denominado “leasing traslativo”, al que aplica la normativa de la compraventa con reserva de propiedad; SCCI de 6 de mayo de 1986 (3023).

²³⁴ DI FORTUNATO, ob. cit., p. 11, Nota N° 10; GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*Leasing financiero mobiliario...*), p. 163; IMBRENDA, ob. cit. (*Il leasing...*), p. 67, para quien el financiamiento es extraño al perfil funcional de los contratos de cambio como la compraventa, por lo que las cuotas de leasing corresponden a la restitución del valor financiado, y no al pago de un precio.

²³⁵ EMBID IRUJO, ob. cit., p. 713; SÁNCHEZ-PARODI PASCUA, ob. cit., p. 143.

²³⁶ EMBID IRUJO, ob. cit., p. 713; SÁNCHEZ-PARODI PASCUA, ob. cit., p. 146.

²³⁷ GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, ob. cit., p. 311; GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*Leasing financiero mobiliario...*), p. 162; GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*Una vez más...*), p. 2.166; GUTIÉRREZ GILSANZ, ob. cit., p. 61; STS de 14 de diciembre de 2004 (RJ 2004/8038); SAP Castellón de 31 de mayo de 1999 (AC 1999/1045). En este mismo sentido cabe hacer mención al art. 4 letra d) de la Orden de 19 de julio de 1999 por la que se aprueba la Ordenanza para el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles, donde se justifica la inscripción de los contratos de arrendamiento financiero en un registro especial “*dada su naturaleza distinta de las ventas a plazos*”.

para la adquisición de aquel, conservando el usuario la propiedad material de la cosa.²³⁸ En este esquema el usuario actuaría como fiduciante y la empresa de leasing como fiduciario.

Contra esta tesis se han dado los siguientes argumentos: **A)** No hay una venta en garantía por parte del usuario a la empresa de leasing (como debería haberla en caso de tratarse de un negocio fiduciario), ya que el usuario no es el propietario del bien en ningún momento (a menos que haya una venta disfrazada). En otras palabras, la empresa de leasing no adquiere el bien con dinero prestado al usuario, sino con dinero propio y a su nombre, por lo que la propiedad es adquirida por dicha empresa de un tercero (el proveedor) y no del deudor (el usuario);²³⁹ Contra este argumento se contesta que el Tribunal Supremo ha reconocido la existencia de un negocio fiduciario cuando intervienen tres personas y la propiedad no pertenece al fiduciante con anterioridad al contrato, sino que es adquirida por el fiduciario de un tercero (proveedor) con dinero aportado por el mismo fiduciario, con la promesa de transmitirla al verdadero comprador cuando éste haya abonado su importe.²⁴⁰ **B)** El supuesto negocio transmitente de la propiedad del usuario a la empresa de leasing, es decir, la venta en garantía, carece de causa propia, ya que no hay una contraprestación (precio), situación inadmisibles en los negocios onerosos, a menos que se trate de un contrato simulado;²⁴¹ **C)** A la terminación del negocio fiduciario, una vez reembolsado el crédito garantizado, el fiduciante recupera automáticamente el dominio pleno del bien, mientras que en el leasing financiero se

²³⁸ CABANILLAS SÁNCHEZ, ob. cit. (*La configuración...*), p. 983, para quien la titularidad fiduciaria de la empresa de leasing no se basa en una venta simulada, sino en el pacto fiduciario subyacente, garantía de préstamo disimulado; DE LA CUESTA RUTE, ob. cit. (*Reflexiones...*), p. 604-609, considerando por esta vía que el negocio es unitario, agregando que el principal interés de la empresa de leasing al escoger esta figura para regular la operación radica no tanto en la necesidad de obtener una garantía para un crédito, sino en la de rehuir de las figuras del préstamo y la compraventa y, en consecuencia, de las normas que regulan la usura y la compraventa de bienes a plazo; GALICIA AIZPURUA, Gorka, *Fiducia, leasing y reserva de dominio*. Reus, Madrid, 2014, p. 66-68 y 78-86.

²³⁹ BUITRAGO RUBIRA, ob. cit. (*El leasing mobiliario...*), p. 82; CABANILLAS SÁNCHEZ, ob. cit. (*La naturaleza...*), p. 55; LÓPEZ FRÍAS, ob. cit. (*Los contratos conexos...*), p. 114; SÁNCHEZ-PARODI PASCUA, ob. cit., p. 132, 135-136.

²⁴⁰ DE LA CUESTA RUTE, ob. cit. (*Reflexiones...*), p. 607; GALICIA AIZPURUA, ob. cit. (*Fiducia...*), p. 49-54 y 66-67. Esta estructura de fiducia fue reconocida en la STS de 8 de marzo de 1963 (RJ 1963/1628).

²⁴¹ CABANILLAS SÁNCHEZ, ob. cit. (*La naturaleza...*), p. 56-57.

requiere un acto adicional, que es el ejercicio de la opción de compra y el pago del valor residual, que es libre de no efectuar, sin que por ese hecho subsista el crédito garantizado, por lo que la denominada triple opción del usuario no resulta explicada por esta tesis.²⁴²

10. 3. 5.- Tesis del préstamo.

Esta tesis ve en el leasing financiero un préstamo de dinero que la empresa de leasing hace al usuario para la adquisición al contado del bien elegido por éste, y cuya propiedad adquiere el usuario, tanto porque hay acuerdo respecto de cosa y precio con el proveedor/vendedor, como porque éste entrega el bien directamente al usuario (no hay tradición a favor de la empresa de leasing que justifique su adquisición del dominio del bien). La empresa de leasing se limita a pagar al proveedor el precio de la compraventa con el dinero prestado al usuario, y de cara al incumplimiento tiene derecho a cobrar todas las cuotas restantes, no sólo las vencidas, ya que está exigiendo la devolución del préstamo, lo que justifica que en la práctica las empresas de leasing no busquen la recuperación del bien, sino del dinero. Lo antes explicado justificaría también que la empresa de leasing se exonere de todos los riesgos referidos al bien, y que en caso de falta de conformidad el usuario deba seguir pagando las cuotas de leasing (cláusula de irrevocabilidad e independencia). Por otra parte se argumenta que, a diferencia del arrendamiento, donde al final del plazo el bien conserva gran parte de su valor, en el leasing financiero el valor del bien al final del contrato será sólo residual, ya que se habrá pagado casi la totalidad del préstamo, lo que hace que la opción de compra carezca de valor para calificar el contrato.²⁴³

²⁴² LÓPEZ FRÍAS, ob. cit. (*Los contratos conexos...*), p. 114; SÁNCHEZ-PARODI PASCUA, ob. cit., p. 133-134.

²⁴³ FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, ob. cit., p. 209ss, quien critica el sistema de configuración de la operación, entre otras cosas, porque generalmente vulnera la prohibición de pacto comisario. La misma autora cita en su posición la STS de 16 de mayo de 2000 (2000/5082), aunque se ve obligada a reconocer que la sentencia sanciona la simulación para el caso específico, y advierte las diferencias entre el leasing financiero y el préstamo. En similar sentido, GARCÍA SOLÉ, ob. cit. (*La subrogación...*), p. 1.063, para quien, en virtud de las cláusulas de exoneración y subrogación, el usuario se encuentra en la misma situación que si hubiese comprado directamente el bien y hubiera solicitado un préstamo para su adquisición.

A favor de esta tesis podría mencionarse también que el Tribunal Supremo ha equiparado el leasing financiero al préstamo, por lo menos en lo que se refiere a la aplicación de las normas de prelación de créditos. Al efecto, ver, entre otras, STS de 8 de julio de 2008 (RJ 2008/3352) y STS de 18 de junio de 2008 (RJ 2008/4702), donde se expresa que “*en el arrendamiento financiero la exigibilidad del precio del arrendamiento surge desde el momento mismo de la firma aunque se establezcan cuotas*

Contra la tesis en análisis se han formulado las siguientes objeciones: **A)** Que en el leasing la financiación se presta de forma indirecta, mediante la compra de un bien que la empresa de leasing pone a disposición del cliente para que éste lo utilice, a cambio de una retribución que comprende el coste de adquisición del bien y el coste financiero, por lo que la compra se efectúa con dineros propios de la empresa de leasing, y no con dinero prestado al usuario;²⁴⁴ **B)** Que el objeto del préstamo es una cantidad de dinero u otras cosas fungibles, mientras que en el leasing financiero el objeto es un bien no fungible, cuya propiedad mantiene la entidad financiera, por lo que no hay obligación de devolver otro tanto de la misma especie y calidad;²⁴⁵ **C)** Que la tesis no responde a la realidad, ya que lo lógico sería que el usuario adquiriese directamente el bien con el dinero prestado, pero como ello no sucede en la práctica, se recurre a la ficción de considerar que el usuario adquiere la propiedad en un “instante lógico”, transmitiéndola fiduciariamente a la empresa de leasing;²⁴⁶ **D)** Que cuando el prestatario liquida el crédito cesa toda relación jurídica con el prestamista, mientras que en el leasing financiero la empresa de leasing otorga al usuario la triple opción de adquirir el dominio, celebrar otro contrato de leasing

periódicas de amortización, por lo que producido el impago en los términos pactados, la liquidez de la deuda se consigue mediante una sencilla operación aritmética, al igual que sucede con el préstamo en que se haya pactado su amortización a plazos (...) La doctrina reproducida se refiere directamente al contrato de leasing y debe completarse con la que establece para los préstamos en general...”. Ver también SAP de Toledo de 9 de enero de 1996 (AC 1996/136), donde se señala que el leasing financiero tiene elementos del arrendamiento, el préstamo y la compraventa, y que luego habla de “la naturaleza jurídica del contrato de leasing y su faceta semejante al préstamo...”.

²⁴⁴ BURGOS PÉREZ DE ANDRADE, ob. cit. p. 363; CABANILLAS SÁNCHEZ, ob. cit. (*La naturaleza...*), p. 55; CHULIA VICENT y BELTRÁN ALANDETE, ob. cit., p. 42; CORTÉS, ob. cit., p. 547; GONZÁLEZ VÁSQUEZ, ob. cit., p. 1.294; GUTIÉRREZ GILSANZ, ob. cit. p. 204; LÓPEZ FRÍAS, ob. cit. (*Los contratos conexos...*), p. 136; MANZANO SOLANO, ob. cit., p. 1.795.

²⁴⁵ BUITRAGO RUBIRA, ob. cit. (*El leasing mobiliario...*), p. 84; BURGOS PÉREZ DE ANDRADE, ob. cit. p. 363; CABANILLAS SÁNCHEZ, ob. cit. (*La naturaleza...*), p. 54; GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*Leasing financiero mobiliario...*), p. 168; JIMÉNEZ DE PARGA Y CABRERA y GISPÉRT PASTOR, ob. cit., p. 496; LÓPEZ FRÍAS, ob. cit. (*Los contratos conexos...*), p. 136; STS de 16 de mayo de 2000 (2000/5082).

²⁴⁶ BURGOS PÉREZ DE ANDRADE, ob. cit. p. 363; CABANILLAS SÁNCHEZ, ob. cit. (*La naturaleza...*), p. 55; MANZANO SOLANO, ob. cit., p. 1.795. En contra, FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ (ob. cit., p. 213) argumenta que el usuario recurre a la figura del leasing, y no directamente al préstamo, por los incentivos fiscales; por el incentivo psicológico de no estar pidiendo un préstamo; y porque puede acceder a un precio menor del dinero si el banco cree que tiene una garantía real sobre el bien objeto del leasing.

o restituir el bien;²⁴⁷ E) Que esta tesis mira solamente la vertiente financiera del leasing financiero, olvidando que en su base está la utilización del bien, que es lo que finalmente busca el usuario.²⁴⁸

Por su parte, el Tribunal Supremo también ha tenido ocasión de resaltar la naturaleza distinta del leasing financiero con el préstamo,²⁴⁹ afirmando que el primero *“trata de dar solución a la necesidad de un objeto que una persona precisa, pero que por carecer de medios económicos para su adquisición, se limita a convenir que se le ceda en arrendamiento, reservándose la facultad de acceder en un momento posterior a su propiedad, mediante una opción de compra. En cambio, lo que caracteriza al préstamo de dinero es la necesidad concreta de éste, y la transmisión de su dominio al prestatario, que se obliga a devolver el tantundem”*,²⁵⁰ y que *“en el préstamo, por consiguiente, lo relevante o trascendente, la razón de ser del contrato, es recibir dinero; se financia la empresa, mientras que en el «leasing» se financia directamente la adquisición del objeto”*.²⁵¹

10. 3. 6.- Tesis del contrato de financiación atípico.

A pesar de discrepar acerca de la naturaleza y estructura de la operación, hay acuerdo, tanto en doctrina²⁵² como en jurisprudencia,²⁵³ en cuanto a que el leasing

²⁴⁷ CHULIA VICENT y BELTRÁN ALANDETE, ob. cit., p. 42.

²⁴⁸ BUITRAGO RUBIRA, ob. cit. (*El leasing mobiliario...*), p. 84; LÓPEZ FRÍAS, ob. cit. (*Los contratos conexos...*), p. 136.

²⁴⁹ Ver STS de 4 de diciembre de 2007 (RJ 2008/42); STS de 10 de febrero de 2005 (2005/1405); STS de 16 de mayo de 2000 (2000/5082); STS de 18 de noviembre de 1983 (RJ 1983/6487).

²⁵⁰ STS de 10 de febrero de 2005 (2005/1405).

²⁵¹ STS de 16 de mayo de 2000 (2000/5082).

²⁵² BUITRAGO RUBIRA, ob. cit. (*El leasing mobiliario...*), p. 90-91; CABANILLAS SÁNCHEZ, ob. cit. (*La naturaleza...*), p. 63; CABANILLAS SÁNCHEZ, ob. cit. (*La configuración...*), p. 964 y 976; CORTÉS, ob. cit., p. 546-547; DE LA CUESTA RUTE, ob. cit. (*Reflexiones...*), p. 542-543 y 590; DELGADO CORDERO, ob. cit., p. 178; DE NOVA, ob. cit. (*Il contratto...*), p. 20; DI FORTUNATO, ob. cit., p. 11; GARCÍA GARNICA, ob. cit. (*El régimen jurídico...*), p. 167; GARCÍA GARNICA, ob. cit., (*Comentario...*), p. 789; GARCÍA SOLÉ, ob. cit. (*El leasing en la práctica...*), p. 267; GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*Leasing financiero mobiliario...*), p. 167; GONZÁLEZ VÁSQUEZ, ob. cit., p. 1.284; GUTIÉRREZ GILSANZ, ob. cit., p. 69, 73 y 203-204; ILLESCAS ORTIZ, ob. cit., p. 79; JIMÉNEZ DE PARGA Y CABRERA y GISPERT PASTOR, ob. cit., p. 487-488; LÓPEZ FRÍAS, ob. cit. (*Los contratos conexos...*), p. 115; PENNETA, ob. cit. (*Leasing finanziario...*), p. 1.432; REAL PÉREZ, ob. cit. (*El leasing...*), p. 237; REAL PÉREZ, ob. cit. (*El incumplimiento...*), p. 405-406; RODRÍGUEZ-ROVIRA, ob. cit., p. 1.182; SÁNCHEZ CALERO y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, ob. cit., p. 293; SANTOS SÁNCHEZ, ob. cit., p. 475 y 480; SERRA MALLOL, ob. cit., p. 12.899; VILLAR URIBARRI, ob. cit., p.

financiero cumple una función de financiación al usuario. No obstante, la tesis que ahora expongo no sólo reconoce este carácter de la operación, sino que lo realza como base para establecer la naturaleza jurídica del contrato de leasing financiero propiamente dicho,²⁵⁴ en el contexto de la concepción bipartita.²⁵⁵

Si bien hay varias formas de entender la financiación, todas ellas coinciden en que los contratos financieros se caracterizan por la existencia de una erogación de una suma de dinero por parte del financiador y la obligación del financiado de restituir dicha suma dentro de un plazo, aumentada en un porcentaje o valor que constituye la remuneración del financiador (intereses).²⁵⁶ Ahora bien, los partidarios de esta tesis entienden que hay

93-96. En el mismo sentido, ver la ley 16.072 de Uruguay, que denomina a la figura “crédito de uso”.

²⁵³ STS de 1 de marzo de 2011 (RJ 2011/2615); SAP de Girona de 12 de marzo de 2010 (JUR 2010/176713); SAP de Girona de 11 de julio de 2000 (JUR 2000/295221); STS de 3 de febrero de 2000 (RJ 2000/621); STS de 23 de diciembre de 1999 (RJ 1999/9360); STS de 30 de abril de 1998 (RJ 1998/3335); STS de 25 de junio de 1997 (RJ 1997/5210); SAP de Cantabria de 15 de enero de 1997 (AC 1997/102); SAP de Guadalajara de 27 de noviembre de 1996 (AC 1996/2132); SAP de Toledo de 9 de enero de 1996 (AC 1996/136); STS de 7 de febrero de 1995 (RJ 1995/1226); SAP de Santa Cruz de Tenerife de 26 de septiembre de 1992; STS de 30 de abril de 1991 (RJ 1991/3115); STS de 10 de abril de 1981 (RJ 1981/1532). Ver también DGRN, Resolución N° 1797/2005, de 29 de enero. En Italia ha existido similar reconocimiento. Ver al efecto SCCI de 12 de marzo de 2004 (5125); SCCI de 26 de enero de 2000 (854); SCCI de 2 de noviembre de 1998 (10926); SCCI de 21 de junio de 1993 (6862); SCCI de 17 de mayo de 1991 (5571).

²⁵⁴ BUITRAGO RUBIRA, ob. cit. (*El leasing mobiliario...*), p. 88-92; CORTÉS, ob. cit., p. 546-547; DE LA CUESTA RUTE, ob. cit. (*Reflexiones...*), p. 542-543, 548 y 569-570; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, ob. cit., p. 312-313; GARCÍA GARNICA, ob. cit. (*El régimen jurídico...*), p. 164-180; GARCÍA GARNICA, ob. cit., (*Comentario...*), p. 789; GARCÍA SOLÉ, ob. cit. (*Leasing. Acción directa...*), p. 536-537; GARCÍA SOLÉ, ob. cit. (*El leasing en la práctica...*), p. 267 y 268; GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*Leasing financiero mobiliario...*), p. 166-178; GONZÁLEZ VÁSQUEZ, ob. cit., p. 1.292; GUTIÉRREZ GILSANZ, ob. cit., p. 69-73; MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, ob. cit., p. 222-224; RODRÍGUEZ-ROVIRA, ob. cit., p. 1.177; SÁNCHEZ-PARODI PASCUA, ob. cit., p. 162; VARA DE PAZ, ob. cit., p. 198. En Italia, ver CLARIZIA, ob. cit., (*La locazione...*), p. 240-244.

²⁵⁵ Sobre las consecuencias del carácter financiero de la operación en la concepción unitaria, ver *infra* N° 27.5.2 y 27.5.3.

²⁵⁶ GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, ob. cit., p. 312; GARCÍA GARNICA, ob. cit. (*El régimen jurídico...*), p. 179, para quien el objeto de todo contrato de financiación se concreta en el “desembolso por el financiador de una suma de dinero para satisfacer una necesidad patrimonial del financiado, asumiendo éste la obligación de restituir su equivalente, generalmente incrementado por un porcentaje de beneficio del financiador”; IMBRENDA, ob. cit. (*Il leasing...*), p. 61; IMBRENDA, ob. cit. (*Leasing...*), p. 56, en base a varias normas del ordenamiento italiano, entiende que el financiamiento consiste en una “erogación directa o indirecta (bien mediante la prestación de garantías, la adquisición de participaciones o la entrega del bien objeto de la inversión) de una suma de dinero por parte del financiador al financiado, seguido de la restitución del tantumdem erogado y el pago, de parte de este último, de una contraprestación en dinero, bajo la forma de utilidad económica derivada de la inversión”. Por su parte, el art. 571-1 ACM define los

diferencias entre contrato de financiación y contrato de crédito (cuya forma más característica es el mutuo).²⁵⁷ La más importante de ellas sería que en los contratos de financiación la suma financiada se destina a una finalidad específica prevista en el mismo contrato,²⁵⁸ destinación que pasa a formar parte de la causa (financiera) del mismo.²⁵⁹ De acuerdo a este planteamiento, el leasing financiero constituye un contrato de financiación, sin ser un contrato de crédito,²⁶⁰ y tiene carácter atípico, ya que su causa no coincide con la

contratos financieros como “*aquellos por los que, teniendo por objeto una cantidad o suma de dinero de curso legal, en adelante suma monetaria, una o ambas partes conceden o facilitan a la otra directa o indirectamente financiación monetaria en la forma, plazo o términos que estipulen, a cambio de un precio*”, considerando como especies dentro de esta categoría al depósito de dinero, el préstamo mercantil, la apertura de crédito, el crédito documentario, el leasing financiero y las cesiones financieras de crédito. Ver críticas a dicho artículo del proyecto en CONSEJO DE ESTADO, ob. cit., que califica la definición como carente de utilidad.

²⁵⁷ Puede advertirse un cierto consenso en cuanto a que se trata de figuras distintas. Sin embargo, se discute cuáles son las diferencias y, sobre todo, cuál es el género y cuál es la especie. Así, por ejemplo, GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, ob. cit., p. 312 estima que los contratos de financiación (dentro de los que enmarca al leasing financiero) constituyen una especie dentro de la noción genérica de contrato de crédito; GORGONI, ob. cit. (*Credito...*), p. 1.153 estima que la noción de financiamiento no coincide con la de crédito, pero se alimenta de ella; GARCÍA GARNICA, ob. cit. (*El régimen jurídico...*), p. 180 estima que el leasing financiero es un contrato de crédito *sui generis* o, más concretamente, un contrato de financiación; JIMÉNEZ DE PARGA Y CABRERA y GISPERT PASTOR, ob. cit., p. 496, estiman que la categoría genérica es la de contratos de crédito, entendiendo como tales “*aquellos negocios jurídicos cuyo objeto inmediato es el crédito, es decir, la transmisión actual o prometida de una suma dineraria del acreedor al deudor con contrapartida económica diferida*”, señalando como ejemplos el mutuo, la apertura de crédito y el descuento, admitiendo luego la existencia de otros contratos con causa distinta a la de los contratos de crédito, en los que la financiación constituye un mero presupuesto económico, sin esencial influencia en la estructura jurídica, categoría en que ubican a la venta a plazos de bienes muebles y aparentemente al leasing financiero.

²⁵⁸ BUITRAGO RUBIRA, ob. cit. (*El leasing mobiliario...*), p. 89; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, ob. cit., p. 312, quien estima que en los contratos de financiación existe una “cláusula de destinación” explícita o implícita documentalmente; GARCÍA GARNICA, ob. cit. (*El régimen jurídico...*), p. 179-180; GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*Leasing financiero mobiliario...*), p. 169-170; GORGONI, ob. cit. (*Credito...*), p. 1.153.

²⁵⁹ GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, ob. cit., p. 312; GARCÍA GARNICA, ob. cit. (*El régimen jurídico...*), p. 179.

²⁶⁰ CORTÉS, ob. cit., p. 523-524 y 546-547; GARCÍA GARNICA, ob. cit. (*El régimen jurídico...*), p. 180; GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*Leasing financiero mobiliario...*), p. 170; GONZÁLEZ VÁSQUEZ, ob. cit., p. 1.292 y 1.294; SÁNCHEZ-PARODI PASCUA, ob. cit., p. 158 y 162. En cuanto a la jurisprudencia, ver SAP de Castellón de 21 de octubre de 1998 (AC 1998/2269) y SAP Castellón de 31 de mayo de 1999 (AC 1999/1045), en las que se expresa que “*es cierto que el contrato cumple una función económica alternativa a lo que sería la concesión de un préstamo para la adquisición del bien*” (el subrayado es mío). Una posición distinta mantienen DE LA CUESTA RUTE, ob. cit. (*Reflexiones...*), p. 542-543, 602 y 604, quien considera el leasing como una operación de crédito con garantía real destinado a financiar la disponibilidad de las cosas, decantándose luego por la tesis de la *fiducia cum*

de los contratos de financiamiento regulados por el ordenamiento español, en especial con el mutuo.²⁶¹

Entendiendo de esta forma el contrato de leasing financiero propiamente dicho, se dice que la prestación de la empresa de leasing consiste en el desembolso de una suma de dinero para satisfacer una necesidad patrimonial del usuario (utilización del bien).²⁶² Pero, a diferencia del mutuo, no es necesario que se entregue la suma de dinero al financiado, sino que se invierte, de acuerdo a sus instrucciones, en la adquisición del bien cuya disponibilidad el usuario requiere,²⁶³ y cuya propiedad ostenta dicha empresa como

creditore; y GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, ob. cit., p. 312, para quien los contratos de financiación constituyen una especie de contrato de crédito, por lo que el leasing financiero, al ser parte de la primera categoría, forma también parte de la segunda.

²⁶¹ CORTÉS, ob. cit., p. 547; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, ob. cit., p. 311-313; GARCÍA GARNICA, ob. cit. (*El régimen jurídico...*), p. 180; GARCÍA GARNICA, ob. cit., (*Comentario...*), p. 789; GONZÁLEZ VÁSQUEZ, ob. cit., p. 1.292; MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, ob. cit., p. 221; VARA DE PAZ, ob. cit., p. 198. Una posición distinta mantienen aquellos que, adhiriendo a la tesis que analizamos, entienden que el leasing es un contrato típico desde la dictación de la ley 26/1988. Ver en este sentido BUITRAGO RUBIRA, ob. cit. (*El leasing mobiliario...*), p. 32, 62 y 88; VILLAR URIBARRI, ob. cit., p. 93-96.

²⁶² BUITRAGO RUBIRA, ob. cit. (*El leasing mobiliario...*), p. 90-91; CORTÉS, ob. cit., p. 546-547; DE LA CUESTA RUTE, ob. cit. (*Reflexiones...*), p. 548 y 569; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, ob. cit., p. 312; GARCÍA GARNICA, ob. cit. (*El régimen jurídico...*), p. 167; GARCÍA SOLÉ, ob. cit. (*El leasing en la práctica...*), p. 267-268; SÁNCHEZ-PARODI PASCUA, ob. cit., p. 157; VILLAR URIBARRI, ob. cit., p. 93 y 95. Ver el supuesto de hecho que dio lugar a la STS de 10 de abril de 1981 (RJ 1981/1532), en cuyo primer considerando se deja constancia de que el usuario, al verse impedido de concretar un contrato de compraventa por falta de fondos, celebró un contrato de leasing financiero sobre el mismo bien que quería comprar, “con el fin de su explotación comercial”, actuando el antiguo vendedor como proveedor. En el ámbito del UCC, ver BRESLAUER, ob. cit., p. 320 y 325; HEERMANN, Peter, *The structure of lessees` and lessors` remedies regarding finance leases of equipment and personal property under United States and German Law*. En Loyola of Los Angeles international and Comparative Law Review, vol. 15, 1993, p. 323; WELLS FARGO FIN. LEASING, INC. v. MT. RENTALS OF GATLINBURG, Court of Appeals of Tennessee, at Knoxville, 29 de octubre de 2007, donde se expresa que el leasing financiero es una forma de financiar la adquisición del bien; DE LAGE LANDEN FIN. SERVS. v. CRICKET`S TERMITE CONTROL, INC., Court of Appeal of Florida, Fifth District, 1 de diciembre de 2006, en el mismo sentido que Wells Fargo; EUREKA BROADBAND CORP. v. WENTWORTH LEASING CORP., United States Court of Appeals for the First Circuit, 7 de marzo de 2005, donde la Corte aclara que el fin que persigue el usuario al buscar una empresa de leasing es el acceso al capital y, por tanto, la facilitación de la adquisición del bien.

²⁶³ BUITRAGO RUBIRA, ob. cit. (*El leasing mobiliario...*), p. 90; CORTÉS, ob. cit., p. 547; DE LA CUESTA RUTE, ob. cit. (*Reflexiones...*), p. 548 y 569-570; GARCÍA GARNICA, ob. cit. (*El régimen jurídico...*), p. 167; GARCÍA GARNICA, ob. cit., (*Comentario...*), p. 789; GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*Leasing financiero mobiliario...*), p. 167 y 169-170; GONZÁLEZ VÁSQUEZ, ob. cit., p. 1.294; GUTIÉRREZ GILSANZ, ob. cit., p. 203-204; RODRÍGUEZ-ROVIRA, ob. cit., p. 1.180; ROJO AJURIA, ob. cit. (*La responsabilidad...*), p. 2.023; VILLAR URIBARRI, ob. cit., p. 93 y 96; STS de 7 de febrero de 2000 (RJ 2000/282), señalando que la causa del contrato es “el suministro a la recurrente (usuario), en

garantía de cumplimiento.²⁶⁴ Ello determinará la celebración de un contrato de compraventa, conexo al contrato financiero,²⁶⁵ a la que se atribuye el carácter de medio para conseguir la disponibilidad del bien que necesita el usuario.²⁶⁶

La prestación del usuario, por su parte, consiste en restituir de forma fraccionada la cantidad invertida por la empresa de leasing, a lo que se agrega la carga financiera estipulada,²⁶⁷ con la particularidad (respecto del préstamo ordinario) de que el usuario es libre de satisfacer o no una porción del importe total, conocido como valor residual, de

arrendamiento con opción de compra, de la maquinaria que ella eligió para su industria y la obligación de hacer frente, con facilidades, al pago de su precio y renta a quien atendiendo el requerimiento de aquélla, hizo efectivo tal precio surgiendo así unas obligaciones pactadas entre financiera y arrendataria"; SAP de Cantabria de 15 de enero de 1997 (AC 1997/102); STS de 30 de abril de 1991 (RJ 1991/3115); SAP de Toledo de 9 de enero de 1996 (AC 1996/136). Para Italia, ver CLARIZIA, ob. cit., (*La locazione...*), p. 242. En el ámbito de la LMUL, ver UNIDROIT, ob. cit. (*Draft convention...*), p. 54. Para Estados Unidos, ver NIMMER, Raymond, *U.C.C. article 2A: The new face of leasing?* En *DePaul Business & Commercial Law Journal*, vol. 3, 2005, p. 562-563, para quien el financiamiento en el leasing (en todos, no sólo el financiero) se concreta en proveer al usuario el uso del bien sin necesidad de pagar el precio de adquisición del mismo, y no mediante la extensión de un crédito.

²⁶⁴ Respecto del derecho de propiedad ostentado por la empresa de leasing, se dice que se encuentra limitado porque debe servir al uso del arrendatario financiero, pero es plenamente oponible a terceros, a diferencia de lo que ocurre en la *fiducia cum creditore*, en que el dominio de la empresa de leasing es meramente fiduciario. En este sentido, GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, ob. cit., p. 321, aunque sin comparación con la *fiducia cum creditore*; GARCÍA GARNICA, ob. cit. (*El régimen jurídico...*), p. 213-232; GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*Leasing financiero mobiliario...*), p. 176; SÁNCHEZ-PARODI PASCUA, ob. cit., p. 196; VARA DE PAZ, ob. cit., p. 199; SAP de Cantabria de 15 de enero de 1997 (AC 1997/102).

²⁶⁵ CORTÉS, ob. cit., p. 546-547; GARCÍA GARNICA, ob. cit. (*El régimen jurídico...*), p. 180-185; GARCÍA GARNICA, ob. cit., (*Comentario...*), p. 789 y 797; GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*Leasing financiero mobiliario...*), p. 170; GUTIÉRREZ GILSANZ, ob. cit., p. 68-69.

²⁶⁶ CORTÉS, ob. cit., p. 546-547; GARCÍA GARNICA, ob. cit. (*El régimen jurídico...*), p. 179-180; GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*Leasing financiero mobiliario...*), p. 169; GUTIÉRREZ GILSANZ, ob. cit., p. 228. Debe tenerse presente también que en el marco de la concepción bipartita se considera que el contrato de compraventa es un presupuesto del contrato de leasing, o bien un acto preparatorio o instrumental a él. Ver al efecto *infra* N° 14.2.2.

²⁶⁷ CLARIZIA, ob. cit., (*La locazione...*), p. 242-243; DE LA CUESTA RUTE, ob. cit. (*Reflexiones...*), p. 548 y 569-570; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, ob. cit., p. 312 y 321; GARCÍA GARNICA, ob. cit. (*El régimen jurídico...*), p. 167 y 233; GARCÍA GARNICA, ob. cit., (*Comentario...*), p. 789; GARCÍA SOLÉ, ob. cit. (*El leasing en la práctica...*), p. 267; GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*Leasing financiero mobiliario...*), p. 171; GONZÁLEZ VÁSQUEZ, ob. cit., p. 1.294; RODRÍGUEZ-ROVIRA, ob. cit., p. 1.182; ROJO AJURIA, ob. cit. (*La responsabilidad...*), p. 2.023; VARA DE PAZ, ob. cit., p. 196.

manera que si lo hace, adquiere el dominio del bien, y si no lo hace, debe restituirlo a la empresa de leasing, sin que ello implique un incumplimiento contractual.²⁶⁸

Desde este punto de vista, se dice que lo que financia la empresa de leasing es el uso del bien y su eventual adquisición.²⁶⁹

El carácter estrictamente financiero de la actuación de la empresa de leasing justifica, por ejemplo, que las cuotas se fijen teniendo como parámetro la suma en que consistió la financiación,²⁷⁰ la subsistencia de la obligación de pago al margen de las vicisitudes del bien (irrevocabilidad e independencia),²⁷¹ la falta de interés de la empresa de leasing respecto de la propiedad del bien una vez terminada la operación, y el régimen de riesgos.²⁷² Además, esta tesis es coherente con el hecho de que la ley someta a las

²⁶⁸ GARCÍA GARNICA, ob. cit. (*El régimen jurídico...*), p. 168-170 y 233; GARCÍA GARNICA, ob. cit., (*Comentario...*), p. 789. Por ello es que GARCÍA GARNICA, ob. cit. (*El régimen jurídico...*), p. 251 concibe la opción de compra como una facultad de *adquisición preferente del bien*, mientras que GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*Leasing financiero mobiliario...*), p. 174 habla de *derecho de adquisición*.

²⁶⁹ GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, ob. cit., p. 312-313; GARCÍA SOLÉ, ob. cit. (*El leasing en la práctica...*), p. 268; GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*Leasing financiero mobiliario...*), p. 170; GUTIÉRREZ GILSANZ, ob. cit., p. 73, 204 y 228, que por este hecho estima que la causa del contrato no es meramente financiera, sino mixta o compleja; LÓPEZ FRÍAS, ob. cit. (*Los contratos conexos...*), p. 115, aun cuando la autora estima que el contrato participa de la naturaleza del arrendamiento y de los contratos de financiación; SÁNCHEZ-PARODI PASCUA, ob. cit., p. 128 y 158; STS de 2 de noviembre de 2016 (RJ 2016/5102), donde se expresa que “la realidad demuestra que en numerosos casos la finalidad práctica perseguida por la arrendataria se centra en los aspectos financieros y en las ventajas tributarias que para la arrendataria supone acudir al mismo como fórmula para optar a la adquisición de los bienes arrendados. Al primar el interés de la arrendataria en la adquisición del bien mediante el ejercicio del derecho de opción por un precio residual, sobre el de la utilización por el tiempo pactado, permite que la arrendadora, en ocasiones, se desvincule de las obligaciones clásicas que a la misma impone el Código Civil”; STS de 10 de febrero de 2005 (2005/1405), en la que el Tribunal señaló que el leasing financiero “trata de dar solución a la necesidad de un objeto que una persona precisa, pero que por carecer de medios económicos para su adquisición, se limita a convenir que se le ceda en arrendamiento, reservándose la facultad de acceder en un momento posterior a su propiedad, mediante una opción de compra.”. Ver también DGRN, Resolución N° 1797/2005, de 29 de enero.

²⁷⁰ GARCÍA GARNICA, ob. cit. (*El régimen jurídico...*), p. 167; UNIDROIT, ob. cit. (*Draft convention...*), p. 40.

²⁷¹ GARCÍA GARNICA, ob. cit. (*El régimen jurídico...*), p. 168; GUTIÉRREZ GILSANZ, ob. cit., p. 70; VARA DE PAZ, ob. cit., p. 198.

²⁷² CLARIZIA, ob. cit., (*La locazione...*), p. 243; DE LA CUESTA RUTE, ob. cit. (*Reflexiones...*), p. 548 y 569; GARCÍA GARNICA, ob. cit. (*El régimen jurídico...*), p. 171 y 212; GARCÍA GARNICA, ob. cit., (*Comentario...*), p. 790; GARCÍA SOLÉ, ob. cit. (*Leasing. Acción directa...*), p. 537; GUTIÉRREZ GILSANZ, ob. cit., p. 70; MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, ob. cit., p. 224; SÁNCHEZ-PARODI PASCUA, ob. cit., p. 157-158; VARA DE PAZ, ob. cit., p. 198.

empresas prestadoras de este tipo de servicios a las normas aplicables a los establecimientos financieros de crédito.²⁷³

10.3.7.- Valoración global.

Una vez descritas las distintas tesis que buscan explicar el leasing financiero, podemos decir que todas ellas tienen algo de razón, pero a su vez se les puede criticar que todas miran la operación desde un punto de vista particular y, por lo tanto, parcial.²⁷⁴

Si se establece como base de análisis la necesidad de utilización del bien y el pago de una suma de dinero periódica por parte del usuario a la empresa de leasing, la figura tiende a parecerse a un arrendamiento, razón por la que éste fue el primer encaje jurídico propuesto. Sin embargo, esta tesis desconoce que el leasing financiero sobrepasa los límites de la regulación positiva del arrendamiento, por lo que se ve obligada a reconocer tantas “peculiaridades” que el pretendido arrendamiento resulta desnaturalizado.

Si se analiza la figura buscando evadir los problemas que conllevan las cláusulas de exoneración y subrogación como técnica para legitimar al usuario contra el proveedor,²⁷⁵ surge la tesis del mandato sin representación, que hace innecesarias dichas cláusulas al surgir la legitimación como efecto de una norma legal. Sin embargo, esta doctrina resulta artificial y poco fundamentada en el propio ordenamiento en que fue planteada. Además, resuelve el problema de forma parcial, ya que sólo reconoce al usuario las acciones de cumplimiento e indemnizatoria (esta última de manera discutible), pero no las de

²⁷³ GARCÍA GARNICA, ob. cit. (*El régimen jurídico...*), p. 171; GARCÍA GARNICA, ob. cit., (*Comentario...*), p. 789; GARCÍA SOLÉ, ob. cit. (*El leasing en la práctica...*), p. 267-268 y 273; GONZÁLEZ VÁSQUEZ, ob. cit., p. 1.302-1.303; RODRÍGUEZ-ROVIRA, ob. cit., p. 1.177. Todas estas opiniones fueron formuladas en relación con la ley 26/1988, pero el argumento permanece vigente bajo el amparo de las leyes 10/2014 y 5/2015. Sin perjuicio de lo anterior, vale la pena observar que este argumento podría dejar de tener vigor con la entrada en vigencia del ACM, que no reserva la actividad del leasing financiero a las entidades de crédito, aunque MINISTERIO DE JUSTICIA, ob. cit. (*Memoria...*), p. 47 reconoce que en la práctica seguirá predominando la actuación de estas instituciones, por aplicarse la ventaja fiscal sólo a los contratos de las entidades de crédito. En este punto el ACM siguió a la LMUL (*Ídem*), donde el punto ha sido objeto de crítica. Ver al efecto CLARIZIA, Renato, *Model law on leasing*. En *Europa e Diritto Privato*, N° 4, 2008, p. 975-977.

²⁷⁴ En el mismo sentido, DE LA CUESTA RUTE, ob. cit. (*Reflexiones...*), p. 568, con referencia a las tesis que el autor analiza y critica; DÍAZ ECHEGARAY, ob. cit., p. 715; PENNETA, ob. cit., p. 1.432; SERRA MALLOL, ob. cit., p. 12.899.

²⁷⁵ Tales problemas serán objeto de análisis *infra* N° 22.

saneamiento y la resolutoria, que es donde realmente se presenta el problema de la actuación del usuario contra el proveedor.

Por otra parte, desde el punto de vista de la relación del usuario con el bien, la figura se acerca a la compraventa a plazos, pero los defensores de esta tesis desconocen las diferencias esenciales entre el leasing financiero y los elementos que tendría una eventual compraventa entre la empresa de leasing y el usuario, sin perjuicio de que esta posición resulta hoy insostenible desde la entrada en vigencia de la actual LVPBM.

Si se aborda el problema considerando sólo el crédito de la empresa de leasing contra el usuario, las semejanzas con el préstamo son obvias, aunque una mirada más detenida hace emerger notables diferencias entre ambas figuras. Y si se mira el asunto exclusivamente desde el punto de vista de la protección de dicho crédito, la figura se acerca a la *fiducia cum creditore*.

A mi juicio, lo importante es considerar la operación de leasing financiero en su globalidad, sin cercenarla artificialmente para intentar encajarla a fuerza en alguna de las categorías clásicas y típicas del ordenamiento jurídico (problema clásico de nuestro sistema romanista o europeo-continental), teniendo siempre en cuenta que el fin último de la teoría jurídica es formular las bases para que las relaciones entre los sujetos de derecho se desarrollen en armonía, así como dar un fundamento sólido para que las decisiones jurisdiccionales sean justas, sin que se otorgue una ventaja desproporcionada a alguno de los intervinientes.

En este sentido, una mirada global de la operación de leasing permite apreciar que lo que predomina en ella es su rol eminentemente financiero. La empresa de leasing es una entidad que dispone de capital para intermediar entre el proveedor (que busca dar salida a sus productos) y el usuario (que los necesita en su actividad empresarial). La empresa de leasing no busca entrometerse más allá de lo estrictamente necesario en las vicisitudes relativas al uso del bien; de otra manera no se justificarían las cláusulas de exoneración de responsabilidad y de subrogación que son típicas del contrato de leasing, o las cláusulas del contrato de compraventa en las que el proveedor se obliga a cumplir prácticamente todas sus obligaciones respecto del usuario, y no de su contraparte. Si la empresa de leasing asume alguna calidad respecto del bien es con fines meramente instrumentales, y si se hace llamar arrendador es porque el arrendamiento fue la figura típica que en su

momento se utilizó para dar un cauce jurídico a una fórmula contractual foránea.²⁷⁶ Pero ninguna de esas calidades instrumentales son lo bastante comprensivas para determinar la naturaleza jurídica del contrato de leasing, y menos de la operación en su conjunto.

Desde este punto de vista, la tesis que a mi juicio se adapta mejor a las características de la operación en su conjunto es la de la financiación atípica. Sin embargo, cabe observar que esta doctrina (al igual que las demás analizadas) se plantea para explicar exclusivamente el contrato de leasing propiamente dicho, relegando al contrato de compraventa (y, en consecuencia, al proveedor) a un papel meramente instrumental, en circunstancias que su intervención resulta, a mi juicio, trascendental.²⁷⁷ Sobre la base de lo anterior, creo que resulta más apropiado analizar la operación como una unidad económico-jurídica que genera vínculos entre todos los que participan en ella. Por ello estimo que el leasing financiero constituye en realidad un solo contrato trilateral construido sobre el cimiento de una causa de carácter financiero, como se expondrá en el Capítulo III.

²⁷⁶ Ver IMBRENDA, ob. cit. (*Il leasing*), p. 22, quien observa que en los formularios utilizados en Italia se ha ido abandonando progresivamente el reclamo a esquemas típicos, como el de arrendamiento.

²⁷⁷ En el mismo sentido, y desde la óptica unitaria, ver CHINDEMI, ob. cit. (*Invalidità...*), p. 326; CHINDEMI, ob. cit. (*Trilateralità...*), p. 193; IMBRENDA, ob. cit. (*Il leasing...*), p. 57-58; IMBRENDA, ob. cit. (*Leasing...*), p. 52-53; IMBRENDA, ob. cit. (*Leasing...*), p. 53; PURCARO, ob. cit. (*Struttura...*), p. 359, quienes critican la reducción del análisis tradicional a la relación usuario – empresa de leasing, perdiendo de vista la dimensión real del contrato y relegando al proveedor a un rol marginal o de formal ajenidad respecto del núcleo de la operación; SCCI de 12 de marzo de 2004 (5125) y SCCI de 26 de enero de 2000 (854), que ponen de manifiesto la esencialidad de la prestación del proveedor en la economía del contrato, ya que es la que permite satisfacer el interés de las otras dos partes, por lo que si falta dicha prestación debe resolverse el contrato respecto de los tres.

CAPÍTULO II

ANÁLISIS CRÍTICO DE LA CONCEPCIÓN BIPARTITA

11.- INTRODUCCIÓN. EL LEASING FINANCIERO COMO OPERACIÓN ECONÓMICA TRILATERAL.

Hay acuerdo en que desde el punto de vista económico el leasing financiero es unitario o trilateral, por involucrar al usuario, al proveedor y a la empresa de leasing.²⁷⁸ En este sentido se dice frecuentemente que por medio de este mecanismo se satisface el interés de los tres intervinientes: del proveedor en dar salida comercial a sus productos, del usuario en financiar la utilización de bienes que no puede o no quiere adquirir directamente, y de la empresa de leasing en obtener un rendimiento económico del capital, sin asumir más riesgos que el financiero.²⁷⁹

Sin embargo, la convergencia llega hasta ahí, pues luego las opiniones se bifurcan. Por una parte, los seguidores de la concepción unitaria estiman que la confluencia de intereses económicos trasciende a lo jurídico, conformando un solo contrato trilateral, mientras que los seguidores de la concepción bipartita estiman que la operación es unitaria sólo desde el punto de vista económico, ya que en la esfera jurídica no existe un solo

²⁷⁸ Además de los autores citados en las notas siguientes, ver BACCIARDI, ob. cit., p. 740; DE NOVA, ob. cit. (*Il contratto...*), p. 33; PENNETA, ob. cit. (*Leasing finanziario...*), p. 1.432. En este sentido, alguna doctrina italiana considera al leasing como “*minimo mezzo legale*”, expresión utilizada para describir la aptitud del leasing de satisfacer a través de un único instrumento intereses múltiples y heterogéneos, aunque contextualizados y cruzados. Ver al efecto IMBRENDA, ob. cit. (*Il leasing...*), p. 50, Nota N° 117; IMBRENDA, ob. cit. (*Leasing...*), p. 45; GORGONI, ob. cit. (*Sulla qualificazione...*), p. 480; GORGONI, ob. cit. (*Credito...*), p. 1.154.

²⁷⁹ AGUILAR RUIZ, ob. cit., p. 175; CORTÉS, ob. cit., p. 546; CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, ob. cit., p. 332; DE LA CUESTA RUTE, ob. cit. (*Reflexiones...*), p. 556; DÍAZ ECHEGARAY, ob. cit., p. 707 y 716; DI FORTUNATO, ob. cit., p. 9; GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*Leasing financiero mobiliario...*), p. 57; GONZÁLEZ VÁSQUEZ, ob. cit., p. 1.300; GORGONI, ob. cit. (*Ancora...*), p. 1.369, Nota N° 28; MARÍN LÓPEZ, ob. cit. (*Comentario a la STS de 26 de febrero de 1996*), p. 761-762; REAL PÉREZ, ob. cit. (*El incumplimiento...*), p. 405–406; SÁNCHEZ-PARODI PASCUA, ob. cit., p. 156 y 171; SAP de Girona de 12 de marzo de 2010 (JUR 2010/176713); STS de 23 de diciembre de 1999 (RJ 1999/9360); STS de 24 de mayo de 1997 (RJ 1997/4886); STS de 26 de febrero de 1996 (RJ 1996/120); STS de 7 de febrero de 1995 (RJ 1995/1226); STSJ de Navarra de 22 de mayo de 1992 (RJ 1992/6198).

contrato, sino dos contratos claramente perfilados. Por ello es que desde el punto de vista de la concepción bipartita se suele distinguir entre *operación* de leasing (trilateral desde el punto de vista económico) y *contrato* de leasing propiamente dicho (bilateral desde el punto de vista jurídico).²⁸⁰ De este modo, se dice que cuando la operación económica “se juridifica”, se escinde en dos contratos.²⁸¹

En este Capítulo se estudiarán los aspectos más relevantes de la concepción bipartita del leasing financiero, reservando el Capítulo III para el análisis de la concepción unitaria, a la que adhiero.

El estudio de la concepción bipartita se hará abordando dos grandes aspectos que son relevantes para determinar los remedios del usuario por incumplimiento del proveedor: la forma en que se configura la estructura bipartita, y las técnicas que en ella se

²⁸⁰ AGUILAR RUIZ, ob. cit., p. 175; ÁLVAREZ MARTÍNEZ, ob. cit., p. 197; BELTRÁN ALANDETE, ob. cit., p. 665; BUITRAGO RUBIRA, ob. cit. (*El leasing mobiliario...*), p. 58; DÍAZ ECHEGARAY, ob. cit., p. 716; DÍAZ MUYOR, ob. cit., p. 404; GARCÍA GARNICA, ob. cit. (*El régimen jurídico...*), p. 102 y 181; GARCÍA GARNICA, ob. cit., (*Comentario...*), p. 797; GARCÍA SOLÉ, ob. cit. (*Leasing. Acción directa...*), p. 540; GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*Leasing financiero mobiliario...*), p. 63-67, aunque estima que la separación no es tan tajante; GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*En torno...*), p. 1.785; GONZÁLEZ VÁSQUEZ, ob. cit., p. 1.296 y 1.300; GUTIÉRREZ GILSANZ, ob. cit., p. 71; ILLESCAS ORTIZ, ob. cit., p. 79; JIMÉNEZ DE PARGA Y CABRERA y GISPÉRT PASTOR, ob. cit., p. 488; LÓPEZ FRÍAS, ob. cit. (*Los contratos conexos...*), p. 107-108; LÓPEZ FRÍAS, Ana, *Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 1989: Sobre la naturaleza jurídica de la operación de leasing y las relaciones entre las distintas partes intervinientes*. En Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, N° 15, 1988, p. 110; MARÍN LÓPEZ, ob. cit. (*Comentario a la STS de 26 de febrero de 1996*), p. 760; RODRÍGUEZ-ROVIRA, ob. cit., p. 1.171 y 1.179; SÁNCHEZ CALERO, ob. cit., p. 20-21; SÁNCHEZ CALERO y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, ob. cit., p. 295; SÁNCHEZ-PARODI PASCUA, ob. cit., p. 171-173; SANTOS SÁNCHEZ, ob. cit., p. 476 y 480-481; STS de 21 de enero de 2002 (RJ 2002/19); STS de 21 de diciembre de 2001 (RJ 2002/250); STS de 2 de diciembre de 1999 (RJ 1999/9477); STS de 24 de mayo de 1999 (RJ 1999/3927); SAP de Murcia de 19 de octubre de 1994 (AC 1994/1813); STSJ de Navarra de 22 de mayo de 1992 (RJ 1992/6198). Para Italia, ver CLARIZIA, ob. cit., (*La locazione...*), p. 63; DI FORTUNATO, ob. cit., p. 9; FOCHESATO, ob. cit., p. 379; NARDI, ob. cit. p. 293; SCCI de 19 de febrero de 2008 (4235); SCCI de 1 de octubre de 2004 (19657); SCCI de 2 de noviembre de 1998 (10926); SCCI de 21 de junio de 1993 (6862). Merece también la pena destacar que el leasing financiero aparecía definido como operación en el art. 17 de la ley 183 de 2 de mayo de 1976, sobre disciplina de intervención extraordinaria en el Sur de Italia para el quinquenio 1976-1980, derogado en 2008, pero citado frecuentemente por la doctrina a fin de extraer los elementos que configuran del leasing financiero.

Cabe hacer notar, en todo caso, que la noción de “operación de leasing” no es exclusiva de la tesis bipartita, ya que también es utilizada por los seguidores de la tesis unitaria. Ver, por ejemplo, IMBRENDA, ob. cit. (*Il leasing*), p. 47; REAL PÉREZ, ob. cit. (*El incumplimiento...*), p. 405, aclarando que la acepción de la expresión “leasing financiero” en sentido restringido (como contrato de leasing) no contempla el fenómeno global, aunque tampoco puede prescindir de él. En Italia, ver SCCI de 11 de julio de 1995 (7595).

²⁸¹ SÁNCHEZ-PARODI PASCUA, ob. cit., p. 172.

utilizan para legitimar al usuario contra el proveedor. En cada uno de estos temas se distinguirán las soluciones a que se llega en el ordenamiento español, que no regula el leasing financiero, de las conseguidas en aquellos ordenamientos que sí lo regulan.

SECCIÓN I

CONFIGURACIÓN DE LA ESTRUCTURA BIPARTITA

A. EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL: UN SUPUESTO CASO DE CONEXIÓN CONTRACTUAL

12.- ASPECTOS GENERALES.

Como acaba de advertirse, la mayoría de la doctrina y de la jurisprudencia española estima que, desde el punto de vista jurídico, la operación de leasing financiero está constituida por dos contratos claramente diferenciados: un contrato de compraventa celebrado entre proveedor y empresa de leasing, y un contrato de leasing propiamente dicho, celebrado entre ésta y el usuario.

Si bien un sector muy minoritario estima que entre dichos contratos no existe una vinculación suficiente para considerarlos conexos,²⁸² una abrumadora mayoría de la doctrina²⁸³ y de la jurisprudencia²⁸⁴ ve en el leasing financiero un caso de contratos conexos, ligados, vinculados o coligados.²⁸⁵

²⁸² DE NOVA, ob. cit. (*Il contratto...*), p. 34, aunque señala que esta constatación no impide a las partes instaurar un ligamen entre ambos, citando cláusulas típicas en este sentido. Sin perjuicio de estimar que no hay conexión entre los dos contratos, el autor considera que la operación es unitaria desde el punto económico (p. 33), lo que para PURCARO, ob. cit. (*Struttura...*), p. 354-355 constituye una contradicción, ya que si el contrato de compraventa no tuviera relevancia respecto del de leasing (es decir, si no se tratase ni siquiera de contratos conexos, como plantea De Nova), dicha compraventa debería ser excluida de la estructura de la operación (que no podría ser unitaria ni siquiera en sentido económico), sin que sea suficiente recurrir al “abusado argumento” de la contraposición entre operación económica y contrato desde el punto de vista jurídico. Ver también ROJO AJURIA, ob. cit. (*La responsabilidad...*), p. 2.025-2.026, quien expone los poco satisfactorios resultados a que conduce la construcción de la operación como compuesta por dos contratos independientes e inconexos. Por último, ver KRONKE, ob. cit., p. 326, quien constata que la doctrina que concibe el leasing financiero como dos contratos independientes parece ser minoritaria a nivel comparado.

²⁸³ AGUILAR RUIZ, ob. cit., p. 175 y 177; ÁLVAREZ MARTÍNEZ, ob. cit., p. 197 y 200-202; BUITRAGO RUBIRA, ob. cit. (*El leasing mobiliario...*), p. 63-69; CABANILLAS SÁNCHEZ, ob. cit. (*La resolución...*), p. 339; CORTÉS, ob. cit., p. 546; CHAMORRO POSADA, ob. cit., p. 195 y 199;

DÍAZ ECHEGARAY, ob. cit., p. 717; DÍAZ MUYOR, ob. cit., p. 400-408; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, ob. cit., p. 318-319; GARCÍA GARNICA, ob. cit. (*El régimen jurídico...*), p. 99-102 y 180-185; GARCÍA GARNICA, ob. cit., (*Comentario...*), p. 797; GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*Leasing financiero mobiliario...*), p. 65 y 179, señalando que los efectos de esta tesis son similares a los de la trilateralidad; GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*En torno...*), p. 1.785-1.786; GONZÁLEZ VÁSQUEZ, ob. cit., p. 1.300 y 1.307; GUTIÉRREZ GILSANZ, ob. cit., p. 69; LÓPEZ FRÍAS, ob. cit. (*Los contratos conexos...*), p. 116-118, que estudia el leasing financiero justamente como un caso de conexión contractual; LÓPEZ FRÍAS, ob. cit. (*Sentencia...*), p. 110; MARÍN LÓPEZ, ob. cit. (*Comentario a la STS de 26 de febrero de 1996*), p. 760-762; MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús, *Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 1999*. En Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, N° 51, septiembre-diciembre 1999, p. 1.151; MARTÍNEZ MARTÍN, ob. cit., p. 601; RODRÍGUEZ-ROVIRA, ob. cit., p. 1.178-1.180, quien no obstante reconoce la existencia de una relación jurídica entre usuario y proveedor; ROJO AJURIA, ob. cit. (*La responsabilidad...*), p. 2.031. Siguen la tesis bipartita, aunque sin mencionar la existencia de contratos conexos, ILLESCAS ORTIZ, ob. cit., p. 104; SÁNCHEZ CALERO y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, ob. cit., p. 295; SÁNCHEZ-PARODI PASCUA, ob. cit., p. 172, para quien ambos contratos son complementarios; SANTOS SÁNCHEZ, ob. cit., p. 476-481. En Italia la doctrina de los contratos conexos es también mayoritaria. Ver al efecto CLARIZIA, ob. cit., (*La locazione...*), p. 204; FOCHESSATO, ob. cit., p. 375-379; NARDI, ob. cit. p. 293. Asimismo, los seguidores de la tesis del mandato sin representación estiman que se trata de un supuesto de contratos coligados. Ver en este sentido, BACCIARDI, ob. cit., p. 740, para quien la tesis de conexidad otorga una mayor protección al usuario que la de trilateralidad; DI FORTUNARO, ob. cit., p. 9, 12 y 15; PENNETA, ob. cit. (*Leasing finanziario...*), p. 1.433 y 1.436.

²⁸⁴ STSJ de Navarra de 22 de mayo de 1992 (RJ 1992/6198), en cuyo Fundamento de Derecho Tercero se lee que “aunque en su función económica el “leasing” o “arrendamiento financiero” (...) viene a conjugar y satisfacer tres distintos intereses subjetivos (...) desde el punto de vista jurídico la puesta en relación de estos tres órdenes de intereses no se articula a través de un único negocio trilateral, sino mediante la conclusión de dos contratos, perfectamente diferenciados, aunque encadenados y dependientes entre sí por su confluencia en una misma operación económica...”, hablando luego en el Fundamento de Derecho Cuarto de “interrelación o interferencia” entre ambos contratos y de “dependencia funcional” del contrato de leasing respecto del de compraventa”, ideas todas que fueron luego tomadas por algunas Audiencias Provinciales, como sucedió en la SAP de Murcia de 19 de octubre de 1994 (AC 1994/1813), hasta que el Tribunal Supremo consagró dicha doctrina en su STS de 26 de febrero de 1996 (RJ 1996/1264), en cuyo Fundamento de Derecho Sexto señala que “el llamado contrato de leasing o arrendamiento financiero que, en el orden o aspecto económico, conjuga o satisface tres distintos intereses subjetivos (...) en el orden o aspecto jurídico no se configura como un solo negocio jurídico con intervención de tres partes contratantes, sino que se articula a través de dos contratos, netamente diferenciados, aunque conexos y dependientes entre sí por su confluencia en la obtención de la antes referida triple función económica”, fórmula que ha sido reiterada en varias sentencias posteriores, entre ellas, STS de 23 de diciembre de 1999 (RJ 1999/9360); STS de 4 de junio de 2000 (RJ 2000/4399); SAP de Madrid de 26 de junio de 2007 (AC 2007/1894), confirmada por STS de 1 de marzo de 2011 (RJ 2011/2615); SAP de Girona de 12 de marzo de 2010 (JUR 2010/176713). Ver en el mismo sentido STS de 24 de mayo de 1999 (RJ 1999/3927), en la que se habla de “conexión e interdependencia funcional” entre ambos contratos; SAP de Jaén de 14 de diciembre de 1994 (AC 1994/2302), según la que el contrato de leasing está “íntimamente ligado a la compraventa” existiendo una “interrelación” entre ambos”; STS de 22 de abril de 1991 (RJ 1991/3017), que también habla de “interrelación” entre ambos contratos. Por su parte, siguen la tesis bipartita, aunque sin mencionar la existencia de contratos conexos, SAP de Barcelona de 31 de octubre de 2008 (JUR 2009/35093); STS de 24 de mayo de 1997 (RJ 1997/4886), que transcribe la fórmula de la STS de 26 de febrero de 1996, pero omite la parte específica referida a la conexidad; SAP de Barcelona de 25 de mayo de 1994 (AC 1994/890); STS de 26 de junio de 1989 (RJ 1989/4786); SAP de Barcelona de 5 de julio de 1986 (573/1985). En Italia se pronuncian en este sentido las sentencias que adhieren a la tesis del mandato sin representación. Ver al efecto, SCCI de 27 de julio de 2006 (17145); SCCI de 1 de octubre de 2004 (19657); SCCI de 2 de noviembre de 1998

La pregunta que en este punto cabe hacerse es si puede el leasing financiero ser calificado como un caso de conexión de contratos.

En esta sección se intentará demostrar que ello no es posible. En primer lugar porque en el ordenamiento jurídico español no existe una categoría jurídica denominada conexión contractual que tenga la suficiente autonomía como para amparar todos los casos que suelen calificarse como contratos conexos, ya que su noción resulta muy difusa, no existen unos requisitos reconocidos como universales y los efectos que se le atribuyen son sumamente discutidos. En otras palabras, si no existe la institución (conexión contractual), no se puede decir que el leasing financiero pertenezca a ella. En segundo lugar porque si se intenta trasladar al leasing financiero los requisitos y efectos propuestos para la conexión contractual, estos resultan incluso más discutibles que en su lugar de origen.

Por otra parte, se pondrá en evidencia la enorme dificultad que existe para conciliar el principio de efecto relativo del contrato con la conexión contractual y con el leasing financiero, lo que lleva muchas veces a la elaboración de argumentaciones contradictorias a fin de intentar sostener la estructura de dos contratos conexos. Este problema, que aquí se expondrá sólo en términos generales, se irá desarrollando en los próximos capítulos, pues constituye la muralla contra la que choca la justificación de gran parte de los efectos propios del leasing financiero.

Sobre la base de todo lo anterior se pretende demostrar que la estructura bipartita del leasing financiero parte con un problema elemental: está construida sobre una base muy poco estable, la conexión contractual, cuyos requisitos y efectos son discutibles en su origen, y lo son más cuando intentan ser trasladados al leasing. Esto no es un mero problema teórico, sino que tiene consecuencias a la hora de justificar ciertos efectos propios del leasing financiero, como se verá en los capítulos siguientes.

(10926). También se pronuncia a favor de la conexidad, aunque sin referencia al mandato sin representación, la SCCI de 19 de febrero de 2008 (4235). Por su parte, sigue la tesis bipartita, aunque sin mencionar la existencia de contratos conexos, la SCCI de 21 de junio de 1993 (6862).

²⁸⁵ Todas estas expresiones suelen tratarse como sinónimas, y así se hará en este trabajo. Sin perjuicio de ello, algunos autores introducen matices. Así, por ejemplo, ÁLVAREZ MARTÍNEZ, ob. cit., p. 249-252 estima que dentro de la categoría genérica de los grupos de contratos caben dos subcategorías: los contratos conexos o vinculados (que la autora denomina grupo de contratos autónomos, dentro de los cuales incluye al leasing financiero) y los grupos de contratos dependientes.

13.- LA NOCIÓN DE CONEXIÓN CONTRACTUAL.

Como se anticipó en el número anterior, en el ordenamiento jurídico español no existe una categoría jurídica conceptualmente autónoma que permita hablar de una “teoría general de la conexión contractual”.²⁸⁶ Ello se debe a que la noción de conexión de contratos no responde a un supuesto de hecho uniforme, sino que ha sido elaborada a partir de la extracción de ciertos elementos comunes supuestamente presentes en casos de naturaleza muy diversa,²⁸⁷ lo que hace difícil elaborar una construcción conceptual que los abarque a todos.²⁸⁸

De lo dicho se comprenderá fácilmente la dificultad de elaborar un concepto de conexión contractual. Sin perjuicio de ello, citaremos aquí la definición proporcionada por Ana López Frías, ya que, por una parte, es la autora que ha estudiado más a fondo el fenómeno en España, intentando estructurar una teoría general, y, por otra parte, es la definición que se suele tener en cuenta al analizar los casos específicos calificados como conexión, entre los que se encuentra el leasing financiero.²⁸⁹ La mencionada autora

²⁸⁶ En este sentido SOLER PASCUAL, Luis Antonio, *Los contratos vinculados*. En AA.VV., “Venta de bienes fuera del establecimiento mercantil. La carta de revocación”, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, p. 298, expresa que “*aún y cuando en nuestro país existen elementos jurisprudenciales y hoy legales suficientes como para intentar la construcción dogmática explicativa de los contratos vinculados, ésta es todavía una tarea pendiente*”.

²⁸⁷ Entre los casos de conexión se suelen mencionar, aparte de la operación de leasing financiero, la subcontratación, las compraventas conexas a un contrato de financiamiento (especialmente en el ámbito de los contratos de consumo), el convenio arbitral, el sistema de tarjeta de crédito, los contratos relativos a la construcción y enajenación de inmuebles, las operaciones de distribución, el contrato de viaje combinado, etc. A este respecto creo apropiado hacer presente que como el objetivo de esta sección es analizar los aspectos generales de la conexión contractual para ver si ellos se corresponden con los del leasing financiero, no me ocuparé de los desarrollos particulares que se han producido en relación los supuestos específicos recién mencionados, sin perjuicio de que puedan traerse a colación algunas opiniones que, en clave de análisis general, se han dado a partir de ellos.

²⁸⁸ Esta dificultad es advertida incluso por los partidarios de la conexión contractual como categoría jurídica. Ver al efecto ÁLVAREZ MARTÍNEZ, ob. cit., p. 188 y 229; BERNAD MAINAR, Rafael, *A propósito de una pretendida teoría general de los contratos conexos*. En *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Nº 720, julio-agosto 2010, p. 1.451; LÓPEZ FRÍAS, ob. cit. (*Los contratos conexos...*), p. 271-272. Quizás por esta dificultad es que en España son escasas las obras que se han ocupado de la conexión contractual como categoría general. En la mayoría de los casos la doctrina y la jurisprudencia se suelen referir a algunos aspectos generales de la conexión al tratar los problemas a que dan lugar los supuestos específicos de contratos conexos.

²⁸⁹ En el ámbito del leasing financiero adhieren explícitamente a la definición de López Frías, entre otros, AGUILAR RUIZ, ob. cit., p. 177; DÍAZ MUYOR, ob. cit., p. 401-402; MARÍN LÓPEZ, ob. cit. (*Comentario a la STS de 26 de febrero de 1996*), p. 760.

entiende que el fenómeno de la conexión contractual se da “*cuando varios sujetos celebran dos o más contratos distintos que presentan una estrecha vinculación funcional entre sí por razón de su propia naturaleza o de la finalidad global que los informa, vinculación que es o puede ser jurídicamente relevante*”.²⁹⁰

14.- REQUISITOS MÍNIMOS DE LA CONEXIÓN CONTRACTUAL Y SU APLICACIÓN AL LEASING FINANCIERO.

La gran amplitud de la noción de conexión contractual también se ha traducido en diversidad de criterios a la hora de fijar los requisitos para que dicha categoría se configure. En base a lo anterior, prefiero hablar de “requisitos mínimos”, entendiendo por tales aquellos en que los autores suelen concordar, dejando de lado, en consecuencia, otros requisitos adicionales mencionados por algunos autores en particular.²⁹¹

Tales requisitos mínimos se reducen a dos: la existencia de dos o más contratos y la presencia de un nexo o vínculo entre ellos. Ambas exigencias se estudiarán por separado, tratando en cada caso los criterios proporcionados en sede de análisis general, y luego su aplicación al caso específico del leasing financiero.

14. 1.- Existencia de dos o más contratos.

14. 1. 1.- Aspectos generales.

Este requisito constituye la base de la conexión contractual, ya que si las distintas relaciones jurídicas conforman un solo contrato, no puede hablarse de conexión *entre contratos*. Asimismo, este requisito constituye el soporte básico de la concepción bipartita del leasing financiero, ya que si se concluye que sus tres partes están unidas por un solo contrato, la estructura dual se cae, conformándose una estructura unitaria.

A pesar de lo elemental de este requisito, no existe acuerdo en su configuración, ni en materia de conexión, ni en materia de leasing financiero.

²⁹⁰ LÓPEZ FRÍAS, ob. cit. (*Los contratos conexos...*), p. 273.

²⁹¹ Así, por ejemplo, BERNAD MAINAR, ob. cit., p. 1.453-1.454 y 1.456-1.459 exige (además de los requisitos que se estudiarán) que al menos una de las partes sea la misma en todos los contratos, y que los contratos tengan efectos comunes.

En lo que respecta a la conexión en general, hay importante doctrina que considera que los contratos coligados dan lugar a un solo contrato,²⁹² lo que pone de manifiesto la ya mencionada dificultad para fijar unos requisitos universalmente reconocidos y, como consecuencia, la dificultad para configurar una teoría general en este ámbito.

Por su parte, en materia de leasing financiero los propios seguidores de la concepción bipartita discuten la configuración del criterio mayoritariamente propuesto para establecer la existencia de dos o más contratos en una misma operación (la pluralidad de causas).

Estas discrepancias ponen de manifiesto que tanto la conexión contractual como la concepción bipartita del leasing financiero parten con problemas en su base conceptual.

14. 1. 2.- La causa como elemento para determinar la existencia de uno o más contratos.

Si en materia de conexión contractual se rechaza la opinión de Diez-Picazo y, por el contrario, se sigue el criterio que exige pluralidad contractual para dar lugar a ella, es necesario averiguar cuál es el elemento que permite determinar la existencia de uno o más contratos en una misma operación, ya que ese mismo elemento debería ser utilizado para dirimir si la operación de leasing financiero está compuesta por uno o dos contratos.

A fin de realizar esta determinación, en España se ha rechazado mayoritariamente recurrir a la voluntad de las partes,²⁹³ entendiendo que ha de acudirse a un elemento de carácter objetivo. Si bien no hay unanimidad en cuanto al criterio objetivo que debe

²⁹² Ver DIEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, Luis, *Fundamentos de Derecho Civil patrimonial*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), Tomo I, p. 491, para quien “el fenómeno jurídico (de los contratos coligados) constituye una auténtica unidad económica, puesto que obedece a una unidad de interés y de función que exige que el fenómeno sea considerado como una unidad jurídica y que, por consiguiente, se entienda que existe un solo contrato. Ello no es obstáculo para distinguir dentro de la unidad contractual diferentes partes en su contenido y calificar cada una de ellas como esencial o no esencial...” (los subrayados son míos).

²⁹³ JORDANO, Juan Bautista, *Contratos mixtos y unión de contratos*. En Anuario de Derecho Civil, enero-marzo 1951, p. 333, para quien, por regla general, los contratantes no prevén la cuestión en análisis, o no se cuidan de exteriorizar su voluntad sobre este punto; LÓPEZ FRÍAS, ob. cit. (*Los contratos conexos...*), p. 280. En contra, BERNAD MAINAR, ob. cit., p. 1.452-1.453 contempla la voluntad como uno de los criterios posibles para establecer la distinción. Asimismo, en Italia, FOCESATO, ob. cit., p. 376 estima que en el leasing financiero existiría una conexión voluntaria, resultante del pacto de las partes en base a la autonomía de la voluntad, y no de la naturaleza de los contratos coligados.

aplicarse, de entre las alternativas posibles,²⁹⁴ la mayoría de la doctrina estima que el elemento que dirime la cuestión debe ser la *causa* del contrato, de manera que si concurre una sola causa, habrá un contrato, mientras que si concurre más de una causa habrá más de un contrato.²⁹⁵ De una forma un poco más amplia se ha estimado que debe recurrirse a los elementos esenciales mencionados en el art. 1.261 CC (cada uno de los contratos debe tener un consentimiento, un objeto y una causa *propios*), pero debe atenderse *primordialmente* a la causa,²⁹⁶ ya que el consentimiento²⁹⁷ y el objeto²⁹⁸ no son por sí solo decisivos.

Sin perjuicio de lo anterior, se admite también la posibilidad de acudir a otros aspectos de carácter circunstancial que, si bien no determinan por sí mismos la existencia de uno o de más contratos, pueden ser indiciarios. Entre ellos se ha mencionado la existencia de una o varias contraprestaciones,²⁹⁹ la documentación única o plural³⁰⁰ y el número de contratantes.³⁰¹

²⁹⁴ Ver una exposición de las alternativas planteadas en ÁLVAREZ MARTÍNEZ, ob. cit., p. 170-172; BERNAD MAINAR, ob. cit., p. 1.452-1.453; LÓPEZ FRÍAS, ob. cit. (*Los contratos conexos...*), p. 277-279.

²⁹⁵ ALBALADEJO, Manuel, *Derecho Civil*, Tomo II. Edisofer, Madrid, 2011 (14° ed.), p. 422; ÁLVAREZ MARTÍNEZ, ob. cit., p. 173-177; DE CASTRO y BRAVO, Federico, *El negocio jurídico*. Civitas, Madrid, 1985, p. 209; JORDANO, ob. cit., p. 334-335; SOLER PASCUAL, ob. cit., p. 295.

²⁹⁶ LÓPEZ FRÍAS, ob. cit. (*Los contratos conexos...*), p. 280.

²⁹⁷ Ver LÓPEZ FRÍAS, ob. cit. (*Los contratos conexos...*), p. 280, para quien la presencia de un solo consentimiento prestado genéricamente no indica necesariamente la existencia de un solo contrato (por ejemplo, si se pacta en un solo acto comprar y arrendar un mismo bien). No obstante, ÁLVAREZ MARTÍNEZ, ob. cit., p. 176, considera este elemento como apto para complementar el criterio de la causa.

²⁹⁸ El objeto por sí solo tampoco es suficiente para hacer la distinción, ya que varios convenios pueden tener un mismo objeto sin que por ello exista un solo contrato (por ejemplo, si se vende y se transporta un mismo bien). En este sentido, JORDANO, ob. cit., p. 333; LÓPEZ FRÍAS, ob. cit. (*Los contratos conexos...*), p. 280.

²⁹⁹ ÁLVAREZ MARTÍNEZ, ob. cit., p. 177; LÓPEZ FRÍAS, ob. cit. (*Los contratos conexos...*), p. 281. Este criterio fue aplicado en la STS de 21 de febrero de 2000 (RJ 2000/1239), donde se entendió que por existir en el caso un precio diferenciado para cada prestación, no cabía hablar de un solo contrato.

³⁰⁰ Hay consenso en el carácter meramente indiciario del factor documental, ya que es perfectamente posible que varios contratos consten en un solo documento, o que un solo contrato conste en varios documentos. Ver al efecto ÁLVAREZ MARTÍNEZ, ob. cit., p. 177; JORDANO, ob. cit., p. 332-333; LÓPEZ FRÍAS, ob. cit. (*Los contratos conexos...*), p. 281; SOLER PASCUAL, ob. cit., p.

Si se adopta la causa como criterio delimitador, resulta que cada uno de los contratos conserva su propia causa,³⁰² por lo que en la operación habrá tantas causas como contratos coligados. Ello viene a marcar la diferencia con los contratos mixtos, en lo que existe una sola causa (mixta).³⁰³

14. 1. 3.- *Discutible aplicación del criterio de la causa en el leasing financiero.*

Como ya se advirtió, los partidarios de la concepción bipartita afirman que en la operación de leasing financiero se configuran dos contratos claramente perfilados. De lo anterior se puede colegir que en el marco de dicha concepción se estima aplicable el requisito de pluralidad de contratos y, en consecuencia, se desecha el criterio adoptado por Diez-Picazo.³⁰⁴

291-292; STS de 20 de diciembre de 2001 (RJ 2001/9375); STS de 21 de febrero de 2000 (RJ 2000/1239).

³⁰¹ ÁLVAREZ MARTÍNEZ, ob. cit., p. 177; LÓPEZ FRÍAS, ob. cit. (*Los contratos conexos...*), p. 281, quienes estiman que si intervienen tres o más sujetos adoptando posiciones distintas, lo más probable es que se trate de dos o más contratos.

³⁰² LÓPEZ FRÍAS, ob. cit. (*Los contratos conexos...*), p. 286; STS de 17 de febrero de 2016 (JUR 2016/42219); STS de 30 de diciembre de 2015 (RJ 2015/5879); STS de 13 de mayo de 2015 (RJ 2015/2246); 31 de marzo de 2015 (RJ 2015/1333); STS de 10 de marzo de 2015 (RJ 2015/1121); STS de 12 de enero de 2015 (RJ 2015/262); STS de 19 de julio de 1995 (RJ 1995/6595).

³⁰³ BERNAD MAINAR, ob. cit., p. 1.459; CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, ob. cit., p. 17; ILLESCAS ORTIZ, ob. cit., p. 112; LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Elementos de Derecho Civil. Tomo II, vol. 1: Derecho de Obligaciones. Parte general. Teoría general del contrato*. Dykinson, Madrid, 2011 (5ª edición), p. 488; LÓPEZ FRÍAS, ob. cit. (*Los contratos conexos...*), p. 286; JORDANO, ob. cit., p. 335. Ello resulta refrendado por la STS de 19 de enero de 2001 (RJ 2001/1321), donde se mencionan los argumentos dados por la Audiencia Provincial para estimar la concurrencia de un solo contrato, complejo, señalando que “*recoge dicha sentencia, en total aceptación de los argumentos sostenidos en la de primera instancia, el contenido del contrato convenido entre los litigantes el 6 de mayo de 1991 con un objeto integrado por una bilateral pluralidad de prestaciones diversas concatenadas para constituir una unitaria finalidad obligacional a consumir mediante actuaciones recíprocas y compensatorias entre sí desde el revestimiento unitario que les proporciona un contrato complejo con un contenido que no cabe desmembrar porque sus diversos integrantes se condicionan entre sí en un equilibrio que, desnaturalizándole así su genuina causa contractual, se rompería para llevar a figuras contractuales que disociadas no son los que así movieron a las partes a prestar su consentimiento creador como dispone el art. 1254 el Código Civil*”. Puede apreciarse que se mencionan como elementos del contrato complejo la unidad de fin y la imposibilidad de desmembrar las prestaciones, elementos que, como se verá, también son considerados para establecer el nexo funcional que une a los contratos conexos. De ello se colige que no es ellos donde radica la diferencia entre contrato complejo y contratos coligados, ya que tal diferencia se encuentra en la unidad de causa en el primero y la diversidad de ellas en los segundos, elemento que también es mencionado por la sentencia.

³⁰⁴ Para más detalles sobre el criterio de Diez-Picazo, que estima que en los casos de conexión contractual se configura un solo contrato, ver *supra* Nota N° 292.

Sin perjuicio de esta presuposición,³⁰⁵ cabe observar que la doctrina y la jurisprudencia que adhieren a la concepción bipartita se limitan a afirmar la existencia de dos contratos, pero no identifican cuál es el elemento que permite diferenciarlos como distintos, y por tanto desechar la idea de que estemos en presencia de un solo contrato.³⁰⁶ Quizás, por la forma en que se concreta la operación en la práctica (tres contratantes suscribiendo dos contratos documentalmente distintos), la dualidad contractual se da por supuesta y se considera innecesario dar mayor argumentación, aunque sería deseable que fuese proporcionada, habida cuenta de la existencia de la tesis unitaria, que si bien es marginal en España, debería ser considerada y rebatida.

Si se quisiese aplicar el criterio mayoritariamente seguido en el ámbito del análisis general de la conexión contractual (el criterio de la causa), deberíamos entender que la configuración de dos contratos separados deriva de la existencia de una causa independiente en cada uno de ellos,³⁰⁷ sin que exista una causa unitaria (ya que de este modo no existirían dos, sino un solo contrato). Sin embargo, de aplicarse tal criterio al leasing financiero, se puede advertir que no hay una posición uniforme en este punto tan esencial, ya que hay quienes, adhiriendo a la concepción bipartita y considerando ambos contratos como conexos, sostienen la existencia de una causa única en la operación,³⁰⁸

³⁰⁵ Hablo de presuposición porque en el análisis del leasing financiero se suele afirmar de manera general que éste sería un caso de contratos coligados, pero no se desciende al estudio de los requisitos de la conexión contractual, por lo que no se encuentran opiniones en el sentido que se indica arriba.

³⁰⁶ Ver, a modo de ejemplo, la ya clásica STSJ de Navarra de 22 de mayo de 1992 (RJ 1992/6198), que a este respecto se limita a decir que el leasing financiero “no se articula a través de un único negocio trilateral, sino mediante la conclusión de dos contratos, perfectamente diferenciados”, argumento que fue seguido, entre otras, por la SAP de Barcelona de 25 de mayo de 1994 (AC 1994/890); SAP de Murcia de 19 de octubre de 1994 (AC 1994/1813); STS de 26 de febrero de 1996 (RJ 1996/120); STS de 24 de mayo de 1997 (RJ 1997/4886); STS de 23 de diciembre de 1999 (RJ 1999/9360); SAP de Madrid de 26 de junio de 2007 (AC 2007/1894), confirmada por STS de 1 de marzo de 2011 (RJ 2011/2615), que también asume esta posición; SAP de Girona de 12 de marzo de 2010 (JUR 2010/176713). La doctrina referida al leasing tampoco ha identificado algún elemento para separar ambos contratos.

³⁰⁷ A excepción de CABANILLAS SÁNCHEZ, ob. cit. (*La naturaleza...*), p. 63, la doctrina no afirma la existencia de causas separadas.

³⁰⁸ DÍAZ MUYOR, ob. cit., que en p. 400-408 concuerda con la existencia de conexión contractual en el leasing, y en p. 399, 404, 405 y 407 afirma la existencia de una causa única en la operación; SOLER PASCUAL, ob. cit., p. 292-295 parece también adherir a la existencia de una causa única en la operación, determinada por la unidad de fin.

opinión que también ha sido sostenida en Italia por la Corte de Casación y alguna doctrina.³⁰⁹

Lo anteriormente expuesto pone en evidencia que la concepción bipartita del leasing financiero parte con problemas desde su origen, ya que ni siquiera se ha planteado un criterio para establecer la concurrencia de su requisito esencial (la existencia de dos contratos), adoptándose, por lo visto, la actitud de asumir lisa y llanamente su configuración. Y si se quiere buscar apoyo en la doctrina general de la conexión contractual, nos encontramos con que el requisito calificado como básico (la existencia de dos o más contratos) es discutible allí, de inicio. Y aun si se adhiere a la tesis que exige la configuración de dos o más contratos para que exista conexión, el criterio que mayoritariamente se ha seguido para establecer su concurrencia (la causa), tiene problemas para ser aplicado al leasing financiero, ya que aquí se discute si existe o no una causa unitaria.

Por mi parte, y ante la circunstancia de que se suele asumir como un dato más o menos incuestionable la existencia de dos contratos en el leasing financiero, estimo que el “peso de la prueba” recae en quien sostenga lo contrario, es decir, en quien afirme que el leasing financiero se configura como un solo contrato, con una sola causa que vincula a las tres partes. Esta última es la posición sostenida en este trabajo, pero creo que el lugar apropiado para exponer los argumentos que permiten llegar a dicha conclusión no es este Capítulo (destinado a analizar de forma crítica la concepción bipartita), sino el Capítulo siguiente, dedicado precisamente al análisis y configuración de la concepción unitaria.

14. 2.- Nexo funcional entre los contratos que se califican como conexos.

14. 2. 1.- Criterios planteados para establecer la conexión funcional.

Una vez que se concluye que en el caso concurren dos (o más) contratos, se debe determinar la existencia de una conexión entre ellos, ya que si bien se entiende que cada

³⁰⁹ Ver SCCI de 27 de julio de 2006 (17145), con comentario positivo en este sentido de FOCHESATO, ob. cit., p. 375-379, donde se acoge el criterio de la conexión contractual en base a una causa única, que sería autónoma respecto de las causas parciales de los contratos que integran la operación, entendiendo que dicha causa estaría constituida por el interés de uso del bien por parte del usuario, que vincula a los tres intervinientes y provoca una interdependencia entre ambos contratos.

uno de los contratos conserva su individualidad y régimen propio,³¹⁰ debe existir un vínculo, pues de otro modo no podrá hablarse de contratos conexos. La idea central planteada aquí es que los contratos que conforman la operación no pueden considerarse absolutamente independientes³¹¹ ya que, si así fuera, se podrían producir consecuencias jurídicas contrarias a la intención de las partes y se podría colocar a alguno de los contratantes en una situación de desprotección.³¹²

Si bien hay diversidad de criterios para establecer la conexión entre contratos,³¹³ la mayoría de la doctrina y jurisprudencia referidas al leasing financiero hablan de conexión o dependencia *funcional* entre el contrato de compraventa y el de leasing financiero propiamente dicho.³¹⁴ Ello viene a coincidir con el criterio adoptado por un sector

³¹⁰ GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*Leasing financiero mobiliario...*), p. 64; SOLER PASCUAL, ob. cit., p. 292.

³¹¹ BERNAD MAINAR, ob. cit., p. 1.455; GARCÍA GARNICA, ob. cit. (*El régimen jurídico...*), p. 183; GONZÁLEZ CASTILLA, Francisco, *En torno a las consecuencias de la conexión contractual en el crédito al consumo: la superación jurisprudencial de las exigencias de la ley 7/1995 (Comentario a la STS de 19 de febrero de 2010 (Civil) RJ 2010, 1787)*. En Revista de Derecho Mercantil, año 2011, N° 279, p. 290; LÓPEZ FRÍAS, ob. cit. (*Los contratos conexos...*), p. 282; SOLER PASCUAL, ob. cit., p. 292-293; STS de 19 de febrero de 2010 (RJ 2010/1787).

³¹² BERNAD MAINAR, ob. cit., p. 1.455; LÓPEZ FRÍAS, ob. cit. (*Los contratos conexos...*), p. 282-283 afirman lo anterior sobre la base de un ejemplo extraído justamente del leasing financiero, diciendo que si se resuelve el contrato de compraventa y se considerase que dicho contrato es absolutamente independiente del de leasing propiamente dicho, éste seguiría produciendo sus efectos, teniendo como resultado que el usuario se vería en la situación de tener que seguir pagando las cuotas a pesar de no poder utilizar el bien. No obstante esta observación, cabe señalar que en el ámbito del leasing financiero hay doctrina y jurisprudencia que han admitido la posibilidad de que se resuelva sólo el contrato de compraventa permaneciendo vigente el contrato de leasing propiamente dicho, según se expone *infra* N° 43.

³¹³ Así, por ejemplo, ÁLVAREZ MARTÍNEZ, ob. cit., p. 184-188 estima que para determinar la existencia del nexo contractual debe recurrirse a las fuentes que pueden producirlo, que según la autora pueden ser de índole objetiva (la naturaleza jurídica de los contratos que integran la operación) o de índole subjetiva (la voluntad de las partes de establecer un vínculo entre contratos no conectados objetivamente), excluyendo a la ley como fuente. También recurre a las fuentes de la conexión BERNAD MAINAR, ob. cit., p. 1.463-1.465, para quien ellas pueden encontrarse en la voluntad de las partes (que expresamente pueden establecer relaciones entre contratos independientes, sin que ni siquiera haya entre ellos conexión de causa u objeto), en la ley (que establezca ese mismo tipo de vínculos), o en un nexo funcional que exista entre los contratos.

³¹⁴ AGUILAR RUIZ, ob. cit., p. 177; BUITRAGO RUBIRA, ob. cit. (*El leasing mobiliario...*), p. 68; DÍAZ MUYOR, ob. cit., p. 402; DI FORUNATO, ob. cit., p. 13; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, ob. cit., p. 318-319; GARCÍA GARNICA, ob. cit. (*El régimen jurídico...*), p. 180ss; GARCÍA GARNICA, ob. cit., (*Comentario...*), p. 797; GUTIÉRREZ GILSANZ, ob. cit., p. 69 y 228; LÓPEZ FRÍAS, ob. cit. (*Los contratos conexos...*), p. 116-118 y 282-284; MARÍN LÓPEZ, ob. cit. (*Comentario a la STS de 26 de febrero de 1996*), p. 762; SAP de Girona de 12 de marzo de 2010 (JUR 2010/176713); STS de 4 de junio

mayoritario de la doctrina y jurisprudencia españolas que se han referido al fenómeno de la conexión contractual, para las que el nexo entre contratos vinculados debe ser precisamente de tipo funcional.³¹⁵ Por ello es que resulta obligado desentrañar el significado de la funcionalidad como criterio de conexión.

En el ámbito de la conexión en general se han planteado varios criterios para determinar cuándo dos o más contratos están funcionalmente conectados. Así, se ha dicho que ello sucedería cuando las partes así lo han pactado, aunque no exista una conexión objetiva³¹⁶ (lo que vendría a dar a este elemento un carácter subjetivo); cuando a través de

de 2000 (RJ 2000/4399); STS de 24 de mayo de 1999 (RJ 1999/3927); STS de 26 de febrero de 1996 (RJ 1996/1264); STSJ de Navarra de 22 de mayo de 1992 (RJ 1992/6198).

³¹⁵ BERNAD MAINAR, ob. cit., p. 1.454, que señala el nexo funcional como requisito general, aunque luego en p. 1.463-1.465 propone que el nexo funcional es sólo una más de las fuentes de la conexión contractual, al lado de la voluntad de las partes y la ley, que podrían crear el vínculo aun cuando no medie conexión funcional en la causa ni en el objeto; LÓPEZ FRÍAS, ob. cit. (*Los contratos conexos...*), p. 273 y 282-284; MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús, *Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2010*. En Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, N° 85, enero-abril 2011, p. 258-259; MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús, *Crédito al consumo y contratos vinculados. Estudio jurisprudencial*. Aranzadi, Cizur Menor, 2010, p. 169; RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, José Ignacio, *El principio de relatividad de los contratos en el Derecho español*. Colex, Madrid, 2000, p. 280; SOLER PASCUAL, ob. cit., p. 293; TENAS ALÓS, Miguel Ángel, *Préstamos con garantía hipotecaria y compraventa de vivienda: vinculación contractual*. En Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, N° 747, enero-febrero 2015, p. 158; STS de 17 de junio de 2010 (RJ 2010/5407); STS de 19 de febrero de 2010 (RJ 2010/1787).

En clave de análisis general de la conexión contractual, BERNAD MAINAR, ob. cit., p. 1.455; LÓPEZ FRÍAS, ob. cit. (*Los contratos conexos...*), p. 273 y SOLER PASCUAL, ob. cit., p. 293 señalan que conexión funcional permite excluir de la categoría de contratos conexos dos supuestos: La conexión ocasional (que se da cuando dos contratos constan en un mismo documento o están vinculados por circunstancias económicas no significativas y ajenas a la función propia de cada uno de los contratos) y la denominada conexión genética, que es aquella que sólo opera en la fase de formación, como la que existe entre contrato preparatorio y contrato definitivo.

³¹⁶ Así parece haberse entendido en la STS de 15 de noviembre de 2012 (RJ 2013/18), caso en el que un grupo de inversionistas suscribió entre los años 2005 y 2006 unos contratos de crédito, cuyo importe se destinó a contratar depósitos estructurados con el mismo banco. Luego, en 2007, los inversionistas sustituyeron los depósitos por otros que tenían nuevas fechas de vencimiento, sin cancelar ni prorrogar los contratos de crédito. Como resultado, los contratos de crédito vencieron antes que los nuevos contratos de depósito estructurado, por lo que los inversionistas se vieron en la obligación de restituir el monto de los créditos antes de poder recuperar la inversión (ya que la fecha de vencimiento de los nuevos depósitos era posterior). Los inversionistas demandaron la anulación de los contratos de depósito celebrados en 2007 y, subsidiariamente, pidieron que las deudas nacidas de los contratos de crédito sólo vencieran a la fecha de vencimiento de los nuevos contratos de depósito. Habiendo perdido en primera y segunda instancia, los inversionistas recurrieron de casación ante el Tribunal Supremo, alegando, entre otros motivos, la infracción del art. 1.258 CC, ya que “los contratos de crédito y de adquisición de los activos financieros constituían una unidad, de modo que, hasta que no se produjera el vencimiento de aquellos, no podían vencer estos”. El Tribunal Supremo desestimó el motivo, argumentando que “es cierto que los contratos de crédito

los contratos se persiga una finalidad global;³¹⁷ cuando existe vinculación entre las causas de los diversos contratos que conforman la operación, lo que se ha desprendido tanto de la ya mencionada finalidad global que con dichos contratos se persigue,³¹⁸ como del hecho de

celebrados por ambas partes litigantes en los años dos mil cinco y dos mil seis quedaron, por su expresa y común voluntad, conectados funcionalmente a los contratos de adquisición de activos perfeccionados en las mismas o próximas fechas, a cuya financiación servían las cantidades prestadas, con fines de garantía. Mas esa conexión desapareció cuando las partes, en ejercicio válido y no extralimitado de su autonomía de voluntad, actuaron la potencialidad normativa creadora que el ordenamiento les reconocía, pactando otros de adquisición de activos, en sustitución de los primeros, sin cancelar, modificar ni sustituir los de crédito” (los subrayados son míos). Como puede apreciarse, el Tribunal Supremo estableció la existencia y la inexistencia de conexión funcional tomando como elemento decisorio la voluntad de las partes, que en 2005 y 2006 pactaron los contratos como coligados, pero que en 2007 (también por su voluntad) hicieron desaparecer la conexión. A mayor abundamiento cabe señalar que en el mismo Fundamento de Derecho el Tribunal Supremo hace suya la argumentación de la Audiencia Provincial, en cuanto a que “*la financiación no era el único medio de obtener el contrato de inversión [...], ya que pueden suscribirse contratos de inversión sin necesidad de suscribir contratos de financiación*”, lo que viene a confirmar que, según el criterio del Tribunal, los contratos no estaban natural u objetivamente conectados, sino que la conexión dependía de que las partes los hubiesen pactado o no en conexión. Ver comentario positivo a la sentencia en CÁRDENAS GÁLVEZ, Francisco Javier, *El depósito estructurado y la STS de 15 de noviembre de 2012*. En “Compendio y análisis de los principales pronunciamientos del Tribunal Supremo en materia financiera”, Héctor Daniel Marín Narros y Francisco Javier Cárdenas Gálvez, Bosch, Barcelona, 2014, p. 41-42 y 44-45. En otros casos particulares de conexión contractual también se ha entendido que en base a los pactos introducidos por las partes se puede calificar un mismo contrato como mixto o bien como una conexión contractual. Así lo entiende, para el caso del *forward funding*, PÉREZ RIVARÉS, Juan Antonio, *Algunas consideraciones en torno a la naturaleza del contrato de forward funding*. En *Revista de Derecho Mercantil*, año 2006, N° 259, p. 242 y 247.

³¹⁷ GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*En torno a las consecuencias...*), p. 298, que habla de “unidad económica” entre los contratos vinculados; JORDANO, ob. cit., p. 335, quien estima que en los casos de contratos conexos se está frente a contratos distintos, pero queridos globalmente por las partes como un todo, bien en relación de mutua dependencia (contratos recíprocos), de subordinación (contratos subordinados) o de alternancia (contratos alternativos); STS de 17 de febrero de 2016 (RJ 2016/42219); STS de 30 de diciembre de 2015 (RJ 2015/5879); STS de 13 de mayo de 2015 (RJ 2015/2246); STS de 31 de marzo de 2015 (RJ 2015/1333); STS de 10 de marzo de 2015 (RJ 2015/1121), que además del criterio de finalidad común, dice que los contratos “*comparten una misma base del negocio y su consideración global determina el equilibrio de las prestaciones*”, agregando que “*las atribuciones patrimoniales hechas en cada uno de estos negocios jurídicos no pueden explicarse si no se toman en consideración los demás negocios y la finalidad común a todos ellos*”; STS de 12 de enero de 2015 (RJ 2015/262); STS de 19 de febrero de 2010 (RJ 2010/1787); STS de 25 de noviembre de 2009 (RJ 2010/145).

³¹⁸ En el ámbito de los contratos de consumo vinculados a contratos de financiación “al margen” de la ley de crédito al consumo, la STS de 25 de noviembre de 2009 (RJ 2010/145) señala que “*la naturaleza unitaria de la operación económica característica del crédito al consumo se traduce - pese a la pluralidad de contratos en que interviene el consumidor y de personas con las que se vincula - en la razonable afirmación de una conexión funcional, por la interacción de fines, entre las distintas relaciones jurídicas - en este caso, las nacidas de los contratos de arrendamiento de servicios de enseñanza y de financiación -, que excluye la posibilidad de dar un tratamiento autónomo a cada una de las conexas, cual si se tratara de una realidad aislada del conjunto*” (el subrayado es mío), seguida en este punto por la STS de 19 de febrero de 2010 (RJ 2010/1787) y la STS de 22 de febrero de 2011 (RJ 2011/2470). Lo anterior ha sido

que alguno de los contratos no se hubiese celebrado sin que a su vez se hubiese celebrado el otro³¹⁹ (criterio que podríamos denominar como esencialidad de los contratos que integran la operación); habiéndose recurrido, por último, a un criterio múltiple, entendiendo que el carácter funcional del nexo existe cuando, celebrados varios convenios, deba entenderse que no pueden ser considerados desde el punto de vista jurídico como absolutamente independientes, bien porque su naturaleza o estructura así lo determinen, o bien porque entonces quedarían sin sentido desde la perspectiva de la operación económico-jurídica que a través de ellos debe articularse.³²⁰

Como puede apreciarse, en materia de conexión contractual no existe un criterio claro o al menos mayoritario para determinar la presencia del segundo requisito esencial de la institución, observándose distintas posturas que no responden a una unidad conceptual, sino que se limitan a afirmar la presencia de nexo funcional, adaptando su configuración en función del caso concreto que se pretende solucionar. Ello vuelve a poner de manifiesto la dificultad para concebir la vinculación de contratos como una categoría autónoma que pueda ser útil para la construcción de una estructura contractual del leasing financiero.

reconducido por alguna doctrina a la causa, entendiendo que hay conexión funcional cuando hay conexión entre la causa del contrato de financiación y el de consumo que le es conexo. Ver al efecto GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*En torno a las consecuencias...*), p. 298; MARÍN LÓPEZ, ob. cit. (*Crédito al consumo...*), p. 169-170; MARÍN LÓPEZ, ob. cit. (*Comentario a la STS de 19 de febrero de 2010*), p. 258-259; TENAS ALÓS, ob. cit., p. 158. También sigue este criterio la STS de 17 de junio de 2010 (RJ 2010/5407), donde se expresa que los contratos en análisis “estaban causalmente vinculados a aquél en virtud de un nexo funcional” y que “la causa se manifiesta en la intencionalidad conjunta de ambos contratos”. Asimismo, ÁLVAREZ MARTÍNEZ, ob. cit., p. 241-249 y 315-321 estima que en la categoría de “grupos de contratos autónomos”, en la que incluye al leasing financiero, la voluntad de las partes crea un vínculo entre los contratos (sin tal vínculo los contratos podrían existir independientemente) para alcanzar una finalidad económica común, finalidad que constituye la causa remota de cada uno de los contratos, la que coexiste con la causa próxima de cada uno de ellos, de forma que existe una interconexión causal entre los contratos que forman parte del grupo.

³¹⁹ STS de 17 de junio de 2010 (RJ 2010/5407).

³²⁰ LÓPEZ FRÍAS, ob. cit. (*Los contratos conexos...*), p. 282, seguida en este punto por BERNAD MAINAR, ob. cit., p. 1.455 (que no la cita expresamente, pero sigue su mismo criterio); GARCÍA GARNICA, ob. cit. (*El régimen jurídico...*), p. 183; RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, ob. cit., p. 280; SOLER PASCUAL, ob. cit., p. 293.

14. 2. 2.- Aplicación de los criterios de conexión en el leasing financiero.

La diversidad de criterios de conexión también está presente en el leasing financiero. En este terreno se han conformado dos corrientes principales para justificar la conexión entre el contrato de compraventa y el contrato de leasing propiamente dicho: una que atiende a la esencialidad de ambos contratos para dar lugar a la operación, y otra que atiende a la unidad de los fines perseguidos en ellos.

Un sector de la doctrina y de la jurisprudencia justifica la conexión entre el contrato de compraventa y el de leasing financiero atendiendo al criterio de esencialidad de los contratos que conforman la operación (es decir, no se celebraría alguno de ellos sin la concurrencia del otro).³²¹ En este sentido se dice que la empresa de leasing adquiere el bien con la única finalidad de darlo en goce al usuario (es decir, para celebrar el contrato de leasing)³²² o, en sentido inverso, que el contrato de leasing financiero sólo puede ejecutarse si la empresa de leasing ha comprado el bien al proveedor.³²³ Ambas circunstancias

³²¹ Además de los autores citados en las notas siguientes, ver específicamente en este sentido ÁLVAREZ MARTÍNEZ, ob. cit., p. 200; BUITRAGO RUBIRA, ob. cit. (*El leasing mobiliario...*), p. 66-67; MARÍN LÓPEZ, ob. cit. (*Comentario a la STS de 26 de febrero de 1996*), p. 760; RODRÍGUEZ-ROVIRA, ob. cit., p. 1.179-1.180. En Italia, ver PENNETA, ob. cit. (*Leasing finanziario...*), p. 1.433.

³²² ÁLVAREZ MARTÍNEZ, ob. cit., p. 200; CORTÉS, ob. cit., p. 546; GARCÍA SOLÉ, ob. cit. (*El leasing en la práctica...*), p. 276; GARCÍA SOLÉ, ob. cit. (*Leasing. Acción directa...*), p. 537; GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*Leasing financiero mobiliario...*), p. 64 y 179; GUTIÉRREZ GILSANZ, ob. cit., p. 68; LÓPEZ FRÍAS, ob. cit. (*Los contratos conexos...*), p. 116; MARÍN LÓPEZ, ob. cit. (*Comentario a la STS de 26 de febrero de 1996*), p. 760; MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, ob. cit., p. 222, Nota N° 8; PENNETA, ob. cit. (*Leasing finanziario...*), p. 1.433; RODRÍGUEZ-ROVIRA, ob. cit., p. 1.179-1.180; SAP de Murcia de 19 de octubre de 1994 (AC 1994/1813); STSJ de Navarra de 22 de mayo de 1992 (RJ 1992/6198); STS de 26 de junio de 1989 (RJ 1989/4786). En los formularios de contrato de leasing suele dejarse constancia de este hecho. Ver al efecto la condición general N° 2 del modelo de contrato de leasing financiero de AELR, donde se lee que “los bienes objeto de este contrato han sido adquiridos por el arrendador financiero, con el exclusivo fin de ceder su uso al arrendatario financiero...”; STS de 3 de febrero de 2000 (RJ 2000/621), en cuyo Fundamento de Derecho Tercero se transcribe una cláusula en estos términos. Tal constancia también se dejaría en el contrato de compraventa conexo, según describe DI FORTUNATO, ob. cit., p. 13; SCCI de 19 de febrero de 2008 (4235); SCCI de 2 de noviembre de 1998 (10926). Las definiciones legales también dan cuenta de esta finalidad de la compra del bien. Así, la disposición adicional tercera de la ley 10/2014, al igual que su antecesora disposición adicional séptima de la ley 26/1988, señala que los bienes son “adquiridos para dicha finalidad”, es decir, para ceder su uso al usuario. En el mismo sentido ver sección 2A-103(g)(ii) UCC, art. 1.1 CUAFI y art. 2 LMUL.

³²³ GARCÍA GARNICA, ob. cit., (*Comentario...*), p. 797; GUTIÉRREZ GILSANZ, ob. cit., p. 69 y 228; MARÍN LÓPEZ, ob. cit. (*Comentario a la STS de 26 de febrero de 1996*), p. 760; SCCI de 19 de febrero de 2008 (4235). En similar sentido, se ha explicado la funcionalidad como criterio de conexión afirmando que el contrato de compraventa permite al contrato de leasing desarrollarse o cumplir su función. Ver al efecto AGUILAR RUIZ, ob. cit., p. 177; DÍAZ MUYOR, ob. cit., p. 402, aun cuando

(celebración de la compraventa con el fin exclusivo de celebrar el contrato de leasing, e imposibilidad de ejecución del leasing sin la compraventa) son conocidas por el proveedor que participa en la operación.³²⁴ En todo caso, se suele aclarar que el contrato de compraventa es en sí mismo un presupuesto del contrato de leasing,³²⁵ o bien un acto preparatorio³²⁶ o instrumental a él.³²⁷

Por otro lado, el Tribunal Supremo ha atendido al criterio de la unidad de fin, al entender que ambos contratos son conexos porque persiguen la obtención de una finalidad global constituida por la satisfacción del interés económico de las tres partes, expresando que *“el llamado contrato de leasing o arrendamiento financiero que, en el orden o aspecto económico, conjuga o satisface tres distintos intereses subjetivos (el del usuario en acceder al disfrute de unos bienes que no puede o no le conviene adquirir directamente; el del fabricante o proveedor en dar salida en el mercado a sus productos y el de la sociedad de leasing en obtener un rendimiento económico de su capital sin más riesgo que el financiero), en el orden o aspecto jurídico*

este último niega esencialidad a la celebración del contrato de compraventa, afirmando que puede existir leasing financiero sin ella (p. 404).

³²⁴ GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*Leasing financiero mobiliario...*), p. 64 y 179; LÓPEZ FRÍAS, ob. cit. (*Los contratos conexos...*), p. 116. Esta circunstancia es puesta de manifiesto por los instrumentos Unidroit al describir la operación de leasing financiero. En efecto, el art. 1.2(b) CUAFI señala que *“el equipo se adquiere por el arrendador en relación con un contrato de arrendamiento, que el proveedor sabe que ha sido celebrado o está por celebrarse entre el arrendador y el arrendatario”*, idea que es reiterada en el art. 2 LMUL, al señalar que *“el arrendador adquiere el activo en relación a un contrato de leasing y el proveedor tiene conocimiento de tal circunstancia”*. Por su parte, DE NOVA, ob. cit., p. 34 critica el carácter conexo de los contratos de compraventa y leasing al entender que no se puede decir que lo que lleva al proveedor a celebrar el contrato de compraventa es la circunstancia de que el bien será dado en leasing al usuario.

³²⁵ ÁLVAREZ MARTÍNEZ, ob. cit., p. 200; CORTÉS, ob. cit., p. 546; JIMÉNEZ DE PARGA Y CABRERA y GISPert PASTOR, ob. cit., p. 504; MARÍN LÓPEZ, ob. cit. (*Comentario a la STS de 26 de febrero de 1996*), p. 764; PENNETA, ob. cit. (*Leasing financiero...*), p. 1.433; SÁNCHEZ CALERO y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, ob. cit., p. 295, que hablan de *“presupuesto económico”* del contrato de leasing propiamente dicho; STSJ de Navarra de 22 de mayo de 1992 (RJ 1992/6198), que habla de *“presupuesto y soporte lógico-jurídico”*; SCCI de 21 de junio de 1993 (6862).

³²⁶ SANTOS SÁNCHEZ, ob. cit., p. 474.

³²⁷ GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*Leasing financiero mobiliario...*), p. 66; GONZÁLEZ VÁSQUEZ, ob. cit., p. 1.308; ILLESCAS ORTIZ, ob. cit., p. 91-96, que habla de *“compraventa de ejecución”*, ya que su celebración posibilita el cumplimiento de las obligaciones de la empresa de leasing; PENNETA, ob. cit. (*Leasing financiero...*), p. 1.433 y 1.436; STS de 26 de junio de 1989 (RJ 1989/4786), al expresar que *“la ejecución del contrato de leasing conlleva la compra del equipo”*. Esta característica de la compraventa ha sido también sostenida por la Corte de Casación italiana en las SCCI de 19 de febrero de 2008 (4235), de 2 de noviembre de 1998 (10926) y de 21 de junio de 1993 (6862), que habla de *“medio para la ejecución del leasing”*.

no se configura como un solo negocio jurídico con intervención de tres partes contratantes, sino que se articula a través de dos contratos, netamente diferenciados, aunque conexionados y dependientes entre sí por su confluencia en la obtención de la antes referida triple función económica³²⁸ (el subrayado es mío), afirmación que ha tenido eco en alguna doctrina,³²⁹ aunque también ha sido objeto de crítica.³³⁰

Puede observarse que los dos criterios mencionados son reconducidos, en el ámbito de la doctrina general de la vinculación contractual, a la conexión de causas. Sobre esta base podría concluirse que para la mayoría de la doctrina y de la jurisprudencia que adhiere a la concepción bipartita del leasing, la conexión funcional entre contrato de compraventa y de leasing propiamente dicho está dada por la vinculación de las causas de ambos, vinculación que proviene, bien de la esencialidad de los dos contratos para dar lugar a la operación, bien de la unidad de fin que con ellos se persigue.³³¹

³²⁸ STS de 26 de febrero de 1996 (RJ 1996/120). El argumento es repetido en la STS de 23 de diciembre de 1999 (RJ 1999/9360); STS de 23 de diciembre de 1999 (RJ 1999/9360); STS de 4 de junio de 2000 (RJ 2000/4399); SAP de Madrid de 26 de junio de 2007 (AC 2007/1894), confirmada por STS de 1 de marzo de 2011 (RJ 2011/2615); y en la SAP de Girona de 12 de marzo de 2010 (JUR 2010/176713). Por su parte, destacan la tripe satisfacción de intereses, aunque sin mencionarla expresamente como fundamento de la conexión, STS de 24 de mayo de 1997 (RJ 1997/4886); STSJ de Navarra de 22 de mayo de 1992 (RJ 1992/6198).

³²⁹ MARÍN LÓPEZ, ob. cit. (*Comentario a la STS de 26 de febrero de 1996*), p. 761-762.

³³⁰ DÍAZ MUYOR, ob. cit., p. 404, Nota N° 33, quien, a fin de rechazar concepción unitaria, argumenta la inexistencia de finalidad común, afirmando que los contratos de compraventa y de leasing no constituyen un contrato plurilateral por no existir la finalidad de conseguir un objeto común.

³³¹ Sólo algunos autores hacen la asociación entre esencialidad de ambos contratos y/o unidad de fin con la causa. CHAMORRO POSADA, ob. cit., p. 195 lo hace en términos bastante generales, al decir que hay una conexión causal entre ambos contratos. GARCÍA SOLÉ, ob. cit. (*El leasing en la práctica...*), p. 266 y 276; GARCÍA SOLÉ, ob. cit. (*Leasing. Acción directa...*), p. 537; GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*Leasing financiero mobiliario...*), p. 64 y 179 y MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, ob. cit., p. 222, Nota N° 8, vinculan la causa al criterio de esencialidad de los contratos, afirmando que la empresa de leasing adquiere el bien “causalmente” o “ad causam”, a fin de ceder su uso al usuario. Por último, GARCÍA GARNICA, ob. cit., (*Comentario...*), p. 797, vincula a la causa los dos criterios mencionados (esencialidad de ambos contratos y unidad de fin), al afirmar que los dos contratos “convergen a la realización de un mismo fin, constituyendo una unidad funcional y económica que trasciende al plano jurídico, ya que tal conexión informa la causa de ambos contratos. El contrato de leasing financiero (salvo el caso excepcional de que la entidad de leasing ya fuera propietaria de los bienes por haber sido éstos objeto de una operación anterior) no puede realizar su causa sin que la entidad de leasing perfeccione el contrato de adquisición de los bienes que satisfacen el interés del usuario y, a su vez, el contrato de adquisición no se perfecciona más que en atención al referido contrato de leasing”.

Sin embargo, ambos criterios de conexión resultan un tanto débiles, ya que la esencialidad del contrato de compraventa ha sido discutida, mientras que la unidad de fin resulta discutible, según se expondrá en el punto siguiente.

14. 2. 3.- *Carácter discutible de los criterios de conexión en el leasing.*

No obstante que, como se acaba de ver, un sector de la doctrina y de la jurisprudencia sustenta la conexión sobre la base de la esencialidad de ambos contratos (es decir, que no se celebraría uno sin el otro), resulta algo paradójico que se haya discutido el carácter esencial del contrato de compraventa para configurar la operación de leasing financiero, más aun si la discusión se ha planteado a partir de una norma de carácter legal, lo que podría dar a entender que es el propio legislador el que considera que la presencia de este contrato no es estrictamente necesaria.

La discusión se ha dado en relación con el inciso segundo del párrafo 1 de la disposición adicional séptima de la ley 26/1988, hoy derogado, pero trasladado textualmente al inciso segundo del párrafo 1 de la disposición adicional tercera de la ley 10/2014, según el que *“cuando por cualquier causa el usuario no llegue a adquirir el bien objeto del contrato, el arrendador podrá cederlo a un nuevo usuario, sin que el principio establecido en el párrafo anterior se considere vulnerado por la circunstancia de no haber sido adquirido el bien de acuerdo con las especificaciones de dicho nuevo usuario”*.³³² ³³³ Con fundamento en el tenor literal de la norma, algunos autores consideran que el contrato de leasing no resulta desnaturalizado si el bien pertenece con anterioridad a la empresa de leasing o al propio

³³² Cabe mencionar que la norma transcrita no figura en la regulación del leasing financiero que proporcionan los arts. 576-1 a 576-2 ACM. Sin embargo, ello no implica que la discusión vaya a perder vigencia en caso de mantenerse la redacción de dichas normas en el nuevo Código, ya que los partidarios del carácter prescindible de la compraventa también han planteado esta calidad al margen de la norma arriba transcrita, e incluso antes de que ella se dictase, como se verá.

³³³ En la normativa uniforme y comparada el punto no tiene una solución única. Así, en el ámbito de la LMUL, UNIDROIT, ob. cit. (*Official commentary*), N° 21 y 22 explica que en la definición de leasing financiero del art. 2 queda comprendido el caso en que el concedente da en leasing un bien que fue objeto de una operación de leasing financiero anterior, lo que se corresponde con la solución proporcionada por la disposición adicional tercera de la ley 10/2014. En el UCC, por el contrario, WHITE James, SUMMERS, Robert y HILLMAN, Robert, *Uniform Commercial Code. Practitioner treatise series*, Thomson Reuters, s.l. (vol. 2), p. 11 entienden que en base al requisito establecido en la sección 2A-103(1)(g)(ii) UCC, queda fuera del concepto de leasing financiero el caso en que la empresa de leasing adquiere bienes con la expectativa genérica de darlos en arrendamiento (sin contar con una operación de leasing ya especificada), así como el caso en que dicha empresa dé en arrendamiento un bien que tenga en su patrimonio con ocasión de una operación de leasing anterior.

usuario,³³⁴ es decir, si no existe un contrato de compraventa celebrado por la empresa de leasing con un tercero para el solo efecto de adquirir el bien que será dado en goce al usuario.

Sin embargo, creo que el carácter esencial de ambos contratos para configurar una operación de leasing financiero no resulta trastocado por la norma transcrita, ya que ésta, según se ha advertido, no tiene carácter sustantivo, sino administrativo y fiscal.³³⁵ De lo anterior se deriva que su único efecto consiste en que la figura allí descrita tendrá las ventajas fiscales otorgadas por la LIS y estará sujeta a la regulación administrativa de las empresas que ofrecen este servicio. En otras palabras, la norma describe un supuesto de hecho que desde el punto de vista sustantivo no se corresponde con un leasing financiero, pero le hace aplicables las normas fiscales y administrativas propias de este último.

En efecto, me parece que la figura que se comenta no es compatible con un auténtico leasing financiero, sino más bien con un leasing operativo, al que se ha reconocido mayoritariamente una naturaleza distinta.³³⁶ De hecho, el supuesto que considera el inciso segundo difiere bastante de la descripción de leasing financiero proporcionada en el inciso primero,³³⁷ a lo menos en los siguientes aspectos: **A)** El bien no es adquirido por la empresa de leasing con la finalidad de darlo en leasing al nuevo usuario. Más bien, se trata de un objeto que se encontraba con anterioridad en el patrimonio de la empresa de leasing (con motivo de una operación de leasing anterior), al cual ésta decidió dar una salida comercial distinta a la de venderlo;³³⁸ **B)** Como la misma

³³⁴ BUITRAGO RUBIRA, ob. cit. (*Leasing financiero...*), p. 69, 122 y 126; GARCÍA GARNICA, ob. cit. (*El régimen jurídico...*), p. 67ss y 99ss.

³³⁵ Ver *supra* N° 10.1.1.

³³⁶ Sobre la naturaleza arrendaticia del leasing operativo, ver *supra* N° 2.1.

³³⁷ El inciso primero del párrafo 1 de la disposición adicional tercera fue transcrito *supra* N° 3.

³³⁸ En el mismo sentido, GUTIÉRREZ GILSANZ, ob. cit., p. 68, para quien un elemento que permite distinguir el leasing financiero de “otras modalidades de leasing más cercanas al arrendamiento de cosas” es justamente que, en el primero, el bien no pertenece con anterioridad a la empresa de leasing, por lo que debe existir necesariamente un contrato por medio del que dicha empresa adquiere el bien. De forma más amplia, ver *supra* N° 2.1, donde se describen las diferencias entre leasing financiero y leasing operativo. Asimismo, destacan ésta como una diferencia entre el leasing financiero y el arrendamiento de cosas, BUITRAGO RUBIRA, ob. cit. (*El leasing mobiliario...*), p. 76; CORTÉS, ob. cit., p. 547; FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, ob. cit., p. 208; GONZÁLEZ VÁSQUEZ, ob. cit., p. 1.293; IMBRENDA, ob. cit. (*Il leasing*), p. 64; IMBRENDA, ob. cit. (*Leasing*), p. 60; VARA DE PAZ, ob. cit., p. 196.

norma señala, el bien no es adquirido por la empresa de leasing de acuerdo a las especificaciones del nuevo usuario, sino que éste ha elegido un bien de entre aquellos que ya se encontraban en el patrimonio de la empresa de leasing.³³⁹ Lo dicho hace desaparecer el carácter financiero de la operación, ya que con el primer leasing la empresa habrá recuperado el precio de la compraventa pagado al proveedor, lo que lleva a concluir que en el segundo (y subsecuentes) leasing la empresa no actuará financiando la adquisición del bien para que pueda ser usado por el cliente, sino que dará en arrendamiento bienes que le pertenecen de antemano.³⁴⁰

Desde el punto de vista sustantivo la calificación propuesta para el caso descrito en la norma tiene consecuencias relevantes, por ejemplo, para determinar los remedios a que tiene acceso el arrendatario, ya que como usuario de leasing operativo su relación se da exclusivamente con la empresa de leasing, por lo que sólo tendrá acción contra ésta,³⁴¹ careciendo de acción contra el proveedor.³⁴²

En definitiva, creo que la norma define un supuesto de leasing operativo, no financiero, por lo que no resulta cuestionado el carácter esencial del contrato de compraventa para dar lugar a una auténtica operación de leasing financiero. Sin perjuicio de lo anterior, cabe mencionar que el carácter prescindible del contrato de compraventa ha sido defendido también al margen de la norma comentada,³⁴³ e incluso antes de su entrada

³³⁹ GARCÍA SOLÉ, ob. cit. (*La subrogación...*), p. 1.071.

³⁴⁰ En contra, AMESTI MENDIZÁBAL, Christine, *Sentencias del Tribunal Supremo en relación al contrato de leasing financiero*. En Revista de Derecho Bancario y Bursátil, N° 44, octubre-diciembre 1991, p. 1.121, estima que en el supuesto del inciso segundo se mantiene el carácter financiero de la operación.

³⁴¹ En el mismo sentido, GARCÍA SOLÉ, ob. cit. (*La subrogación...*), p. 1.071 señala que en este caso la empresa de leasing deberá responder por los vicios ocultos y el mal funcionamiento del bien, salvo que exista vinculación entre el anterior y el nuevo usuario, en cuyo caso se podría pactar válidamente una cláusula de exoneración.

³⁴² Debe tenerse presente que el proveedor lo fue en relación con un contrato de leasing anterior, por lo que será un tercero absoluto en relación con el nuevo usuario, lo que hace desaparecer la calidad de “parte de una misma operación”, que ha sido invocada por los partidarios de la concepción bipartita para justificar la legitimación del usuario contra el proveedor, según se expone *infra* N° 16. Por otro lado, aunque se pactase subrogación para legitimar al nuevo usuario contra el proveedor, en muchos casos las acciones habrán prescrito bajo la vigencia del primer contrato de leasing financiero.

³⁴³ DÍAZ MUYOR, ob. cit., p. 404, fundamentando esta apreciación en que la causa del contrato de leasing es la cesión de uso del bien.

en vigencia,³⁴⁴ lo que vuelve a poner en entredicho la esencialidad de ambos contratos como criterio de conexión funcional. En todo caso, tales posiciones consideran únicamente la dimensión empresa de leasing-usuario, es decir, sólo el contrato de leasing propiamente dicho, análisis con el que no concuerdo, por entender que el estudio de la operación de leasing financiero debe efectuarse sobre la base de todas las relaciones jurídicas existentes.

Como conclusión en este punto creo que la intervención de las tres partes, así como las relaciones jurídicas a que dicha intervención da lugar, resultan imprescindibles para que se configure una operación de leasing financiero, lo que en el lenguaje propio de la concepción bipartita conlleva el carácter esencial de ambos contratos. Una cosa distinta es decir que la presencia de todas esas relaciones jurídicas justifique la conexión funcional entre dos contratos distintos ya que, en mi opinión, se puede ir más allá y entender que el entramado de vínculos jurídicos entre las tres partes provoca el nacimiento de una sola relación contractual, con una única causa, según se expondrá en el Capítulo III.

También resulta discutible, a mi juicio, la unidad de fin como criterio de conexión funcional, pues la convergencia de intereses que constituiría el fin común de ambos contratos (necesidad de goce del bien por parte del usuario, necesidad de dar salida a sus productos por parte del proveedor e interés en el rendimiento del capital por parte de la empresa de leasing) las vincula de tal manera que provoca no sólo la vinculación de dos contratos independientes con causas separadas, sino que da lugar a una sola causa de carácter financiero que viene a configurar una relación contractual unitaria, según se explicará en el Capítulo III.³⁴⁵

Por último, es necesario hacer referencia a dos criterios de conexión ocasionalmente mencionados, y que a mi juicio resultan también muy discutibles:

En primer lugar, se ha intentado justificar la vinculación entre los dos contratos sobre la base de las “relaciones de hecho” que se producirían entre usuario y proveedor, afirmando que es el primero quien elige el bien y el proveedor, negocia las condiciones de entrega y recibe el bien directamente del proveedor.³⁴⁶ Por mi parte, creo que los aspectos

³⁴⁴ ILLESCAS ORTIZ, ob. cit., p. 75 y 80.

³⁴⁵ Ver *infra* N° 27.5.2.

³⁴⁶ LÓPEZ FRÍAS, ob. cit. (*Los contratos conexos...*), p. 117; MARÍN LÓPEZ, ob. cit. (*Comentario a la STS de 26 de febrero de 1996*), p. 760-761, quien sobre esta base afirma que es el usuario quien se comporta como comprador antes y después de la celebración del contrato de compraventa. Este

mencionados no constituyen meras “relaciones de hecho”, y no provocan sólo un nexo funcional entre dos contratos autónomos, sino que configuran una relación jurídica de carácter contractual entre usuario y proveedor, según se expondrá en el Capítulo III.³⁴⁷

También se ha invocado como criterio de conexión la facultad del usuario para dirigirse directamente contra el proveedor en virtud de la cláusula de subrogación, ejercitando acciones de un contrato en que no es parte.³⁴⁸ Al respecto creo que fundar la conexión en este criterio puede ser arriesgado ya que, como se verá, la subrogación convencional es un título muy dudoso para legitimar al usuario contra el proveedor.³⁴⁹ Más bien creo que la legitimación del usuario para dirigirse directamente contra el proveedor constituye un efecto de la relación jurídica que los une en el marco del contrato trilateral de leasing financiero.³⁵⁰

15.- EFECTOS ATRIBUIDOS A LA CONEXIÓN Y SU APLICACIÓN AL LEASING FINANCIERO.

El carácter heterogéneo de los supuestos de vinculación de contratos provoca (además de la ya mencionada dificultad para elaborar un concepto general y establecer los requisitos mínimos de la vinculación), el problema de determinar unos mismos efectos generales.³⁵¹

En este punto se demostrará que ninguno de los efectos atribuidos a la conexión contractual alcanza a todos los supuestos de contratos conexos, y que dichos efectos no se producen siempre en el leasing financiero.³⁵² Ello viene a reforzar la idea de que ni la

criterio de conexión también ha sido adoptado por la Corte de Casación italiana en la SCCI de 19 de febrero de 2008 (4235).

³⁴⁷ Ver *infra* N° 27.4.

³⁴⁸ LÓPEZ FRÍAS, ob. cit. (*Los contratos conexos...*), p. 117-118, que habla en este sentido de “conexión convenida”; MARÍN LÓPEZ, ob. cit. (*Comentario a la STS de 26 de febrero de 1996*), p. 761. En Italia se manifiesta en este sentido DI FORUNATO, ob. cit., p. 13.

³⁴⁹ Ver *infra* N° 22.2.

³⁵⁰ Ver *infra* N° 27.4.4.

³⁵¹ BERNAD MAINAR, ob. cit., p. 1.465; LÓPEZ FRÍAS, ob. cit. (*Los contratos conexos...*), p. 291-292.

³⁵² Según la opinión de BERNAD MAINAR, ob. cit., p. 1.465, salvada la interpretación común (que se analizará), no todos los contratos vinculados producen los mismos efectos. Sin embargo, se verá que ni siquiera este efecto resulta aplicable al leasing financiero.

conexión contractual constituye una categoría jurídica autónoma, ni el leasing financiero cumple con los (dudosos) estándares de la conexión contractual, en este caso, sus efectos.

Tales efectos son los siguientes:

15. 1.- Interpretación conjunta de los contratos conexos.

Las normas de interpretación de contratos fueron diseñadas en su tiempo para hacer frente a relaciones contractuales simples, por lo que no contemplan expresamente la posibilidad de interpretar un contrato teniendo en cuenta otro que le es conexo, o bien considerando la operación global en que se enmarca.³⁵³ No obstante, algunos autores han entendido que ello sí es posible.³⁵⁴

Tomando en consideración que la hermenéutica contractual tiene por finalidad determinar la voluntad *común* de los contratantes,³⁵⁵ resulta más o menos claro que ésta pueda ser extraída de otro contrato celebrado *entre las mismas partes*. Sin embargo, es discutible que la voluntad común de las partes de un contrato pueda determinarse sobre la base de otro contrato celebrado por una de ellas con un tercero.³⁵⁶ Por ello es que resulta un tanto problemático trasladar el efecto de interpretación conjunta a la operación de leasing financiero, donde se daría precisamente la situación descrita, ya que el único contratante común en los dos contratos es la empresa de leasing.

Algunos autores se han manifestado a favor de la interpretación conjunta aun en este caso, señalando que ella sólo será procedente cuando exista un nexo de carácter objetivo entre los contratos, poniendo como ejemplo precisamente la interpretación del contrato de leasing sobre la base del contrato de compraventa.³⁵⁷ No obstante lo anterior, creo que el punto es sumamente discutible (tanto así que los autores antes citados no son

³⁵³ Advierte esta dificultad LÓPEZ FRÍAS, ob. cit. (*Los contratos conexos...*), p. 318.

³⁵⁴ BERNAD MAINAR, ob. cit., p. 1.469; LÓPEZ FRÍAS, ob. cit. (*Los contratos conexos...*), p. 318-320, con fundamento en los arts. 1.282 y 1.285 CC; SOLER PASCUAL, ob. cit., p. 297.

³⁵⁵ Ver arts. 1.281 y 1.282 CC.

³⁵⁶ Plantean este problema BERNAD MAINAR, ob. cit., p. 1.469-1.470; LÓPEZ FRÍAS, ob. cit. (*Los contratos conexos...*), p. 320.

³⁵⁷ BERNAD MAINAR, ob. cit., p. 1.470; LÓPEZ FRÍAS, ob. cit. (*Los contratos conexos...*), p. 320-321.

muy enfáticos al manifestar su parecer³⁵⁸), por lo que la aplicación de este efecto de la conexión al leasing financiero queda en entredicho. Ello constituye una desventaja de la concepción bipartita frente a la concepción unitaria del leasing financiero, ya que en esta última se concibe la existencia de un solo contrato que involucra a las tres partes, que indudablemente debe ser interpretado en su entera globalidad, por lo que no se presenta el problema de interpretar una relación jurídica (por ejemplo, la relación usuario – empresa de leasing) en base a otra relación jurídica entablada por una de ellas con un tercero (la relación empresa de leasing – proveedor).

Lo anteriormente expuesto vuelve a poner en evidencia la dificultad de concebir la conexión contractual como categoría autónoma, ya que su único efecto indiscutido no es susceptible de ser aplicado en algunos de los supuestos calificados de contratos conexos, como el leasing financiero.

15. 2.- Propagación de la ineficacia de uno de los contratos sobre los demás.

Otro efecto frecuentemente mencionado para la conexión contractual es la repercusión de la ineficacia de alguno de los contratos sobre los demás que le son conexos, lo que se resume en el aforismo *simul stabunt, simul cadent*.³⁵⁹ Sin embargo, algunos partidarios de la conexión contractual estiman que no se puede proclamar sin más este

³⁵⁸ Por ejemplo, LÓPEZ FRÍAS, ob. cit. (*Los contratos conexos...*), p. 320-321, quien con mayor profundidad ha estudiado la conexión contractual en España, estima que, en principio, el efecto de interpretación conjunta sólo será admisible cuando en los contratos conexos haya identidad de partes, pero que “*cabe pensar, no obstante, en la posibilidad de utilizar semejante método de interpretación*” cuando no se dé dicha identidad de partes pero exista conexión objetiva, y que “*no parece improcedente*” la aplicación de lo anterior al leasing financiero (los subrayados son míos).

³⁵⁹ SOLER PASCUAL, ob. cit., p. 295-296. Ver también STS de 17 de junio de 2010 (RJ 2010/5407); STS de 19 de febrero de 2010 (RJ 2010/1787), según la que “*el artículo 1.257 del Código Civil no impide que, por virtud del nexo de conexión existente entre distintos contratos, la ineficacia de uno arrastre la del otro, dando lugar al fenómeno conocido como ineficacia en cadena o propagada*”, con comentario positivo en este punto de GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*En torno a las consecuencias...*), p. 297-298; MARÍN LÓPEZ, ob. cit. (*Comentario a la STS de 19 de febrero de 2010*), p. 256-261; MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús, *Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2012*. En Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, N° 91, enero-abril 2013, p. 484-485. En el ámbito del leasing financiero, la Corte de Casación italiana aplicó este principio en la SCCI de 27 de julio de 2006 (17145), con comentario en contra en este punto de FOCHESATO, ob. cit., p. 377 y 379.

principio para todos los contratos coligados,³⁶⁰ generándose el problema de determinar en qué casos se aplica y en qué casos no. Aquí las soluciones se bifurcan.

Para algunos debe darse mayor protagonismo a la voluntad de las partes a fin de que puedan regular el efecto de la ineficacia de uno de los contratos en los demás.³⁶¹ Para otros, en cambio, se debe distinguir: A) Si la conexión es unilateral (aquella en que es uno de los contrato el que depende del otro), desaparecido el contrato principal, el que de él depende perderá su objeto o su causa y deberá ser declarado nulo; B) Si la conexión no es unilateral, no hay una única regla para solucionar el asunto, pero en general se sugiere que la ineficacia de uno de los contratos se extienda a otro si, tras la desaparición del primero, el segundo pierde su razón de ser y se hace inalcanzable el propósito que vinculaba ambos convenios, proponiendo como consecuencia la resolución del segundo contrato por excesiva onerosidad o por desaparición de la base del negocio generada por la ausencia sobrevenida de causa.³⁶² Otros, sin hacer la distinción anterior, fundamentan el efecto en la ausencia sobrevenida de causa,³⁶³ tesis que, al igual que las anteriores, choca con el carácter restrictivo con que tradicionalmente se ha abordado en España la alteración sobrevenida de las circunstancias que dieron origen al contrato (*rebus sic stantibus*).³⁶⁴ Por su parte, el Tribunal Supremo tampoco ha observado un criterio uniforme, acudiendo a la desaparición del objeto o de la causa;³⁶⁵ a la ruptura del equilibrio contractual que se

³⁶⁰ BERNAD MAINAR, ob. cit., p. 1.476; FOUCHESATO, ob. cit., p. 377 y 379, quien critica por este motivo la SCCI de 27 de julio de 2006 (17145), al configurar a su juicio una “forma de conexión muy intensa”; LÓPEZ FRÍAS, ob. cit. (*Los contratos conexos...*), p. 298.

³⁶¹ FOUCHESATO, ob. cit., p. 377 y 379.

³⁶² LÓPEZ FRÍAS, ob. cit. (*Los contratos conexos...*), p. 299-300, seguida en términos generales por BERNAD MAINAR, ob. cit., p. 1.476.

³⁶³ ÁLVAREZ MARTÍNEZ, ob. cit., p. 316-321; MARÍN LÓPEZ, ob. cit. (*Comentario a la STS de 19 de febrero de 2010*), p. 261-262; MARÍN LÓPEZ, ob. cit. (*Comentario a la STS de 20 de julio de 2012*), p. 484-485.

³⁶⁴ LÓPEZ FRÍAS, ob. cit. (*Los contratos conexos...*), p. 301; MARÍN LÓPEZ, ob. cit. (*Comentario a la STS de 26 de febrero de 1996*), p. 765.

³⁶⁵ STS de 17 de junio de 2010 (RJ 2010/5407), donde se expresa que “cuando un acto se ofrece en unidad intencional como causa eficiente del posterior la nulidad del primero debe trascender a él (...), puesto que la causa se manifiesta en la intencionalidad conjunta de ambos contratos”, y que “desaparecida la causa del primer contrato en virtud de la nulidad declarada, desaparecen los presupuestos sobre los que se funda la causa del contrato vinculado a él por efecto de aquella declaración de nulidad”; STS de 20 de diciembre de 2001 (RJ 2001/9375), donde se expresa que “desaparecido el convenio principal, el que de él dependía perderá su objeto o su causa”.

produciría en caso de mantener la vigencia de los demás contratos que integran la operación;³⁶⁶ y al hecho de afectar la ineficacia a un elemento estructural y a la economía de la operación, sin cuya presencia no se habrían concluido los contratos calificados como conexos.³⁶⁷

En conclusión, la propagación de la ineficacia tampoco es un efecto predicable a todos los casos calificados como conexión contractual, y no parece existir un criterio más o menos estable para distinguir en qué casos se debe aplicarse y en qué casos no. A ello se suma el problema de que los criterios doctrinales que parecen ser mayoritarios y mejor fundados (desaparición de la base del negocio y ausencia sobrevinida de la casusa) chocan con un principio básico de Derecho contractual que, por la rigurosidad con que ha sido aplicado, no parece admitir muchas excepciones. Ello vuelve a poner en duda la existencia de la conexión contractual como categoría jurídica autónoma de la que sean predicables unos mismos efectos.

Si se intenta trasladar la propagación de la ineficacia al leasing financiero tenemos que aquí tampoco puede decirse que constituya un efecto general. El problema se ha presentado principalmente con ocasión de la resolución de uno de los contratos y, como se verá en su momento, se ha discutido arduamente si ella se propaga al otro contrato, habiendo casos en que mayoritariamente se ha estimado ello no sucede, como en el caso de la resolución del contrato de leasing propiamente dicho (que no se extendería al contrato de compraventa).³⁶⁸

15. 3.- La acción directa.

Otra consecuencia que algunos defensores de la conexión contractual predicán a este fenómeno es la existencia de acciones directas entre sujetos que no están vinculados

³⁶⁶ STS de 12 de enero de 2015 (RJ 2015/262), donde se expresa que los contratos, “*aunque tuvieran su causa propia, respondían a una finalidad común y entre ellos existía un equilibrio de prestaciones, que se rompe cuando se declara la nulidad de la cláusula de suministro en exclusiva a los pocos años de firmarse el contrato, sin que haya habido tiempo de amortizarse la inversión realizada por la demandada*”, criterio que fue seguido por la STS de 31 de marzo de 2015 (RJ 2015/1333), la STS de 13 de mayo de 2015 (RJ 2015/2246) y la STS de 17 de febrero de 2016 (JUR 2016/42219). Sin transcribir textualmente esta idea, pero sosteniéndola, STS de 10 de marzo de 2015 (RJ 2015/1121).

³⁶⁷ STS de 30 de diciembre de 2015 (RJ 2015/5879); STS de 13 de mayo de 2015 (RJ 2015/2246); STS de 31 de marzo de 2015 (RJ 2015/1333); STS de 12 de enero de 2015 (RJ 2015/262).

³⁶⁸ Ver *infra* N° 43.

contractualmente entre sí,³⁶⁹ lo que llevado al ámbito del leasing financiero significaría reconocer una acción directa entre usuario y proveedor.

Cuando la ley es la que establece acciones directas,³⁷⁰ no se presenta duda respecto de la legitimación de un sujeto contra quien no es su contraparte. El problema consiste en determinar si es posible reconocer acciones directas fuera de los casos expresamente reconocidos por la ley.

Algunos se inclinan por la negativa, fundados en que las excepciones al principio de relatividad contractual deben estar consagradas legalmente, por lo que sólo son admisibles las acciones directas reconocidas por la ley.³⁷¹ Del mismo modo, en el ámbito del leasing financiero se sostiene que el efecto relativo de los contratos impide al usuario exigir directamente el cumplimiento de obligaciones a un tercero, como es el proveedor, ya que el primero no es parte del contrato de compraventa.³⁷² Los autores que defienden esta posición entienden que la forma de legitimar al usuario contra el proveedor está constituida por la cláusula de subrogación.³⁷³ En este mismo sentido cabe citar a la jurisprudencia española, que hasta ahora se ha mostrado mayoritariamente apegada al concepto de relatividad contractual y no ha reconocido expresamente la existencia de una acción directa del usuario en contra del proveedor, resolviendo los casos planteados en

³⁶⁹ BERNAD MAINAR, ob. cit., p. 1.457; LÓPEZ FRÍAS, ob. cit. (*Los contratos conexos...*), p. 304-318.

³⁷⁰ Entre ellos se suele mencionar la acción del arrendador contra el subarrendatario (art. 1.551 CC); la del que pone su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente por el contratista, contra el dueño de la obra (art. 1.597 CC); la del mandatario contra el sustituto del mandatario (art. 1.722 CC); la del propietario del negocio contra el delegado del gestor oficioso (art. 1.890 CC); o la del perjudicado o sus herederos contra el asegurador, consagrada en el art. 76 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de contrato de seguro, publicada en el B.O.E. de 17 de octubre de 1980..

³⁷¹ HERNÁNDEZ ARRANZ, Mariano, *La acción directa como instrumento de garantía*. Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2005, p. 135; HIDALGO GARCÍA, Santiago, *El contrato y los terceros. Seguro, edificación, crédito al consumo, pactos de exclusiva y subcontratación*. Lex Nova, Valladolid, 2012, p. 93-94; RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, ob. cit., p. 286 y 298-299.

³⁷² BELTRÁN ALANDETE, ob. cit., p. 671; CHULIA VICENT y BELTRÁN ALANDETE, ob. cit., p. 52, que contraponen esta situación a la que se verificaría si se entendiese la relación como tripartita; GARCÍA SOLÉ, ob. cit. (*La subrogación...*), p. 1.069, aunque parece cambiar de criterio en su ob. cit. (*Leasing. Acción directa...*), p. 540; GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*En torno...*), p. 1.785, aunque luego advierte la dificultad de aceptar que las tres partes de la operación sean terceros entre sí; RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, ob. cit., p. 299, Nota Nº 686, para quien sólo son admisibles las acciones directas contempladas en la ley, por lo que señala que la solución de negar la acción directa al usuario es ajustada a Derecho, aunque no del todo a la justicia material.

³⁷³ Ver la doctrina citada en la nota anterior.

base a la cláusula de subrogación.³⁷⁴ Para solucionar este inconveniente, algunos autores han propuesto como solución la concurrencia del proveedor al otorgamiento del contrato de leasing, regulando allí las acciones de que dispondrá el usuario contra el proveedor, así como la exoneración de la empresa de leasing.³⁷⁵ Por mi parte, creo que no se advierte diferencia entre la solución propuesta y un contrato trilateral de leasing (salvo el aspecto documental unitario, que al parecer tiene mucha importancia en el ámbito de la concepción bipartita), de lo que bien podría deducirse que los autores citados estarían abogando por la unidad contractual como solución al problema de la legitimación del usuario contra el proveedor.

Otros, en cambio, apuestan por el reconocimiento de acciones directas en casos para los que la ley no las ha previsto expresamente, basándose en un criterio de analogía

³⁷⁴ En este sentido puede citarse la casi totalidad de las sentencias que han sido consultadas para la elaboración de este trabajo. En especial se pueden ver la SAP de Murcia de 19 de octubre de 1994 (AC 1994/1813), casada por la STS de 24 de mayo de 1999 (RJ 1999/3927), que sí legitimó al usuario para dirigirse contra el proveedor, pero no en una acción directa, sino en una cláusula de subrogación tácita; SAT de Valencia de 2 de diciembre de 1986 (RAJ 1986/7157). Asimismo se debe mencionar la SAP de Barcelona de 31 de octubre de 2008 (JUR 2009/35093), en cuyo Fundamento de Derecho Tercero contiene una argumentación bastante confusa para negar legitimación al usuario para demandar la resolución del contrato de compraventa, la que transcribo a continuación: *"el usuario-arrendatario puede ejercitar las acciones contra el proveedor y la sociedad de leasing en el supuesto de incumplimiento de la entrega o defectos ocultos de la cosa vendida, solicitando la resolución del contrato, debiendo llamar a juicio a ambos contratantes. Pero no está facultado para solicitar la resolución del contrato entre la vendedora y compradora por no ser parte de la relación jurídica entre éstas. Sólo la financiera puede ejercitar las acciones que tuviere contra el proveedor"*. Cabe mencionar que el usuario demandó efectivamente a proveedor y empresa de leasing, pidiendo la resolución del contrato de compraventa y el de leasing financiero, por lo que el argumento no tiene sentido, a menos que (en la lógica estricta de la concepción bipartita) se quiera decir que el usuario está legitimado para demandar la resolución de algún otro contrato celebrado directamente entre proveedor y usuario, mas no del contrato de compraventa celebrado entre proveedor y empresa de leasing en el marco de la operación de leasing. Mucho más sólido es el argumento de que en razón de la prueba producida en el juicio no se logró acreditar el incumplimiento, como se expuso en el mismo Fundamento de Derecho.

Sin perjuicio de lo anterior, GARCÍA GARNICA, ob. cit. (*El régimen jurídico...*), p. 211 ve atisbos de flexibilidad por parte del Tribunal Supremo en torno al reconocimiento de la acción directa en la STS de 25 de junio de 1997 (RJ 1997/5210), la STS de 4 de diciembre de 1997 (RJ 1997/8728) y la STS de 24 de mayo de 1999 (RJ 1999/3927).

³⁷⁵ En este sentido se pronuncian BELTRÁN ALANDETE, ob. cit., p. 665 y 671; CHULIA VICENT y BELTRÁN ALANDETE, ob. cit., p. 54; GARCÍA GARNICA, ob. cit. (*El régimen jurídico...*), p. 94, quien afirma que ésta es una práctica habitual en el leasing financiero inmobiliario; GARCÍA SOLÉ, ob. cit. (*Leasing. Acción directa...*), p. 540; GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*En torno...*), p. 1.786; GUTIÉRREZ GILSANZ, ob. cit., p. 188; PASQUAU LIAÑO, Miguel, *La acción directa en el Derecho español*. Editora General de Derecho, Madrid, 1989, p. 143.

con los casos de acción directa legal.³⁷⁶ En este sentido, Pasquau Liano señala que tal reconocimiento procede cuando exista una conexión contractual que tenga las siguientes características: **A)** Semejanza (analogía) con la conexión que es propia de alguna de las acciones directas reguladas por la ley; **B)** “Descoincidencia” clara entre la estructura jurídica y la estructura económica de la operación considerada en su conjunto, en el sentido de que, de no admitirse la acción directa, los interesados reales (económicos) no se corresponderían con los legitimados activa y pasivamente para el ejercicio de las respectivas pretensiones jurídicas. Dichas acciones tendrían los siguientes rasgos comunes: **A)** Se trata de acciones de naturaleza contractual o, más genéricamente, de naturaleza obligacional; **B)** Proceden entre personas no vinculadas contractualmente entre sí (en nuestro caso, usuario y proveedor); **C)** En ellas se concede una pretensión a un acreedor (en este caso el usuario) contra el deudor de su deudor (en este caso, el proveedor, que es el deudor de la empresa de leasing, que a su vez es el deudor del usuario), sin que se exija el ejercicio previo de la pretensión contra el propio deudor, y obrando el acreedor *iure proprio*, no por sustitución de su deudor.³⁷⁷ Respecto del principio de efecto relativo de los contratos, sin desconocerlo, esta tesis lo interpreta de modo flexible, bajo el argumento de que el usuario no es un tercero en el contrato de compraventa, al formar parte de la operación económica de leasing financiero.³⁷⁸

³⁷⁶ PASQUAU LIAÑO, ob. cit., p. 128-130, quien trata el leasing financiero como uno de los supuestos en que se debería conceder una acción directa no establecida expresamente por la ley (p. 138-143). Esta opinión ha tenido relativo eco en la doctrina referida al leasing financiero, donde se pronuncian a favor de la acción directa del usuario contra el proveedor GARCÍA GARNICA, ob. cit. (*El régimen jurídico...*), p. 210; GARCÍA SOLÉ, ob. cit. (*Leasing. Acción directa...*), p. 540 y 542, aunque con carácter limitado; GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*Leasing financiero mobiliario...*), p. 219, quien manifiesta que *de lege lata* debe negarse la acción directa, pero que la contemplación de la plena correspondencia entre la prestación del proveedor y del derecho del usuario “quizá deberían abonar otra tesis”; GUTIÉRREZ GILSANZ, ob. cit., p. 175-184; MARÍN LÓPEZ, ob. cit. (*Comentario a la STS de 26 de febrero de 1996*), p. 758; LÓPEZ FRÍAS, ob. cit. (*Los contratos conexos...*), p. 123-124 con referencia a la acción directa de resolución del contrato de compraventa intentada por el usuario contra el proveedor, y p. 304-318 con referencia general al fenómeno de la conexión contractual.

³⁷⁷ PASQUAU LIAÑO, ob. cit., p. 20 y 128-130, quien trata el leasing financiero como uno de los supuestos en que se debe conceder una acción directa no establecida expresamente por la ley (p. 138-143).

³⁷⁸ GARCÍA GARNICA, ob. cit. (*El régimen jurídico...*), p. 210; GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*En torno...*), p. 785-786; GUTIÉRREZ GILSANZ, ob. cit., p. 182-183; LÓPEZ FRÍAS, ob. cit. (*Los contratos conexos...*), p. 46 y 124; MARÍN LÓPEZ, ob. cit. (*Comentario a la STS de 26 de febrero de 1996*), p. 758; PASQUAU LIAÑO, ob. cit., p. 115-122 y 142.

Por último, una tesis que podríamos denominar intermedia es la que admite el ejercicio de una acción directa del usuario contra el proveedor para el caso de que se haya pactado exoneración sin subrogación, agregando que en caso de haberse estipulado subrogación en el contrato de leasing, el usuario debe utilizar este título para intentar la resolución.³⁷⁹

Con todo lo dicho queda claro que la acción directa extra-legal es tan discutible que es muy difícil su configuración como un efecto general de la conexión contractual. Tanto es así, que no ha sido reconocida en el leasing financiero por parte de la jurisprudencia, que más bien se muestra apegada al principio del efecto relativo del contrato, que sí tiene consagración legal.

15. 4.- Litis consorcio pasivo necesario.

El litis consorcio pasivo necesario, definido por el Tribunal Supremo como “*la exigencia de traer al proceso a todos los interesados en la relación jurídica litigiosa, con el fin de evitar, por un lado, que puedan resultar afectados por la resolución judicial quienes no fueron oídos y vencidos en el juicio y de impedir, por otro, la posibilidad de sentencias contradictorias*”,³⁸⁰ tiene su fundamento último en la necesidad de evitar la indefensión del tercero no demandado y, en definitiva, preservar su derecho a la tutela judicial efectiva proclamado en el art. 24 de la Constitución.³⁸¹

Es muy discutible que la existencia de litis consorcio pasivo necesario constituya un efecto general de la conexión contractual. La doctrina se muestra dubitativa,³⁸² en tanto que el Tribunal Supremo ha observado distintos criterios en la materia, y no siempre ha aplicado este efecto de la misma forma a los casos de conexión. En algunas ocasiones dicho

³⁷⁹ BUITRAGO RUBIRA, ob. cit. (*El leasing mobiliario...*), p. 229, quien propone esta solución en relación con la facultad del usuario para resolver el contrato de compraventa.

³⁸⁰ Ver, entre otras muchas, la STS de 6 de abril de 1996 (RJ 1996/2881). En el ámbito del leasing financiero adoptan este concepto las STS de 25 de junio de 1997 (RJ 1997/5210); STS de 4 de diciembre de 1997 (RJ 1997/8728).

³⁸¹ STS de 12 de marzo de 1997 (RJ 1997/2490); STS de 11 de junio de 1991 (RJ 1991/4445); STS de 17 de marzo de 1990 (RJ 1990/1705). Ver también el art. 12 LEC.

³⁸² LÓPEZ FRÍAS, ob. cit. (*Los contratos conexos...*), p. 321-323 no se pronuncia de manera enfática, proponiendo que si se rechaza este efecto como general, no podría denegarse la intervención adhesiva o como coadyuvante del tercero en el juicio. Por su parte, BERNAD MAINAR, ob. cit., p. 1.472 se pronuncia de un modo más decidido a favor de este efecto.

Tribunal ha planteado un criterio restrictivo, estimando que no basta cualquier interés del tercero para que se requiera su participación en el juicio, sino que sólo se presentará una situación de litis consorcio pasivo necesario cuando el demandado y el tercero vayan a ser afectados de la misma forma por la sentencia, es decir, que sean parte de una misma relación jurídico-material controvertida.³⁸³ Sin embargo, en otras ocasiones el Tribunal Supremo ha observado un criterio más laxo, al estimar que el litis consorcio pasivo necesario requiere que se llame al proceso a quienes puedan resultar afectados por la sentencia.³⁸⁴

Dejando de lado lo discutible que resulta caracterizar la institución analizada como un efecto general de la conexión contractual, su aplicación de manera general al leasing financiero tampoco queda clara. En este ámbito los problemas de litis consorcio se han planteado principalmente con ocasión de la demanda de resolución del contrato de compraventa intentada por el usuario contra el proveedor en base a las cláusulas de

³⁸³ STS de 12 de abril de 1996 (RJ 1996 2947), donde se expresa que “*lo característico del litis consorcio pasivo necesario, y lo que provoca la extensión de cosa juzgada, es que se trate de la misma relación jurídico-material sobre la que se produce la declaración, pues si no es así, si los efectos hacia un tercero se producen con carácter reflejo, por una simple conexión, o porque la relación material sobre la que se produce la declaración le afecta simplemente con carácter prejudicial, su posible intervención en el litigio no es de carácter necesario*” (los subrayados son míos), doctrina que ha sido seguida, entre otras, por la STS de 12 de marzo de 1997 (RJ 1997/2490); STS de 25 de junio de 1997 (RJ 1997/5210); STS de 22 de julio de 2009 (RJ 2009/6486); STS de 4 de mayo de 2010 (RJ 2010/4365), que agrega, con cita a otras sentencias, los requisitos del litis consorcio pasivo necesario: a) Nexos común entre presentes y ausentes que configura una comunidad de riesgo procesal; b) Que ese nexo, sea inescindible, homogéneo y paritario; y c) Que el ausente del proceso no haya prestado aquiescencia a la pretensión del actor. En similar sentido, la STS de 6 de abril de 1996 (RJ 1996/2881) requiere que la afectación del tercero se produzca de modo directo, y no indirecto o reflejo. En virtud de lo anterior, por ejemplo, la STS de 11 de junio de 1991 (RJ 1991/4445) negó la excepción de litis consorcio pasivo necesario que fue invocada por no haber sido demandado el sub-arrendatario en el juicio de resolución de un contrato de arrendamiento, fundamentando tal conclusión en que el sub-arrendatario no es parte en el contrato de arrendamiento, aunque la sentencia afecte sus intereses por ser parte en un contrato conexo a aquel cuya resolución se solicita.

³⁸⁴ STS de 22 de octubre de 1998 (RJ 1998/8231), donde se expresa que el litis consorcio pasivo necesario obliga a los Tribunales a “*cuidar que el litigio se ventile con la presencia en el juicio de quienes puedan resultar afectados por el fallo, con el fin de evitar la posibilidad de fallos contradictorios y el quebrantamiento del principio de que nadie pueda ser condenado sin haber sido oído y vencido en juicio, dado que la veracidad de la cosa juzgada exige la concurrencia de cuantos debieron ser demandados y que la válida constitución de la relación jurídico-procesal requiere la integración en el mismo de todos los elementos subjetivos vinculados frente al actor*”. Parece pronunciarse en este sentido la STS de 17 de marzo de 1990 (RJ 1990/1705), al requerir que los terceros afectados sean “*titulares de un derecho susceptible de padecer lesión a consecuencia de la sentencia por hallarse directa e inseparablemente ligado in actu tal derecho a la relación jurídica material nacida del contrato*”, aunque contiene otras declaraciones más coincidentes con la tesis restrictiva. En este mismo sentido parecen pronunciarse LÓPEZ FRÍAS, ob. cit. (Los contratos conexos...), p. 322 y BERNAD MAINAR, ob. cit., p. 1.472.

exoneración/subrogación, discutiéndose si es o no necesaria la comparecencia de la empresa de leasing en el juicio.³⁸⁵ Sin perjuicio de ello, dicha discusión puede perfectamente extenderse a las demás acciones que el usuario puede ejercitar contra el proveedor o contra la empresa de leasing, planteándose el problema de determinar si el usuario debe demandar a uno solo de ellos o a ambos. Si bien no es posible dar una respuesta general a todos los casos (ya que el problema debe analizarse teniendo en cuenta la acción que se ejerce y la relación jurídica en que se fundamenta), sí se puede advertir que, también en general, la respuesta a este problema depende en gran medida del criterio de litis consorcio pasivo necesario que se siga, y de la concepción de leasing financiero que se tenga.

En efecto, si se adhiere a la concepción bipartita del leasing financiero, podría predicarse el litis consorcio pasivo necesario como efecto general de la conexión sólo si se sigue la tesis amplia de esta última institución.³⁸⁶ En cambio, no sería correcto predicar el litis consorcio pasivo necesario como efecto general de la conexión en el leasing si se sigue la tesis restringida de aquella, debido a que los tres intervinientes no serían parte de una misma relación jurídico-material, sino que participarían de maneras diversas en dos contratos distintos, cada uno con su causa propia, aun cuando se les califique como conexos.

Si, por el contrario, se sigue la concepción unitaria del leasing financiero, no habría problema en admitir como efecto general la existencia de litis consorcio pasivo necesario, tanto si se sigue la tesis amplia como la restringida de esta última institución. No existe mayor problema para justificar la aplicación de la tesis amplia del litis consorcio, ya que la tercera parte que no es demandada directa verá afectados sus intereses de una u otra manera.³⁸⁷ Por su parte, la aplicación de la tesis restringida se justifica en que al amparo de la concepción unitaria del leasing financiero las tres partes lo son de una misma relación

³⁸⁵ El punto se analizará con detalle *infra* N° 42.

³⁸⁶ Esta combinación entre concepción bipartita del leasing financiero y criterio amplio de litis consorcio pasivo necesario parece haberse adoptado al resolver el problema antes enunciado de la acción resolutoria del contrato de compraventa intentado por el usuario contra el proveedor, aun cuando al resolver dicho problema no se haga siquiera mención a la existencia de la ya descrita tesis restringida del litis consorcio.

³⁸⁷ PURCARO, ob. cit. (*La locazione...*), p. 78-82, para el caso de resolución del contrato de compraventa; SCCI de 12 de marzo de 2004 (5125).

jurídico-material: el contrato trilateral de leasing financiero.³⁸⁸ Lo anterior cabe como criterio general, que (como toda regla general) tendrá sus excepciones, es decir, casos en que sólo será necesaria la intervención de dos de las tres partes en el juicio, lo que se analizará al tratar en particular cada una de las acciones que el usuario puede ejercitar contra el proveedor.

Sin perjuicio de todo lo anteriormente expuesto, en el ámbito del análisis general de la conexión contractual se ha planteado también el problema de determinar si existe o no litis consorcio pasivo necesario cuando se ejercite la acción directa que, como se vio en el punto anterior, se proclama también como uno de los efectos de la existencia de contratos coligados. La respuesta de la escasa doctrina que se ha pronunciado sobre este punto ha sido negativa.³⁸⁹ Llevado este criterio al caso en que con más frecuencia se ha planteado el problema del litis consorcio en el leasing financiero (demanda de resolución del contrato de compraventa intentada por el usuario contra el proveedor) debería concluirse que no se presenta una situación de litis consorcio pasivo necesario de la empresa de leasing cuando el usuario demande justificando su legitimación en su (hasta ahora teórica) acción directa (no en virtud de las cláusulas de exoneración/subrogación). Sin embargo, al pronunciarse sobre este caso específico, alguna doctrina pareciera abandonar el criterio antes referido, para llegar a la conclusión (opuesta) de que sí existe litis consorcio pasivo necesario de la empresa de leasing.³⁹⁰ Nuevamente cabe señalar que este problema no se presenta en la concepción unitaria del leasing financiero, ya que bajo ella el usuario ejercita sus acciones

³⁸⁸ Ver en este sentido la STS de 25 de junio de 1997 (RJ 1997/5210), caso en que el Tribunal, siguiendo la ya descrita tesis restrictiva, dispuso que *“se debe apreciar, pues, la falta de litis consorcio pasivo necesario al no haber sido demandada “Central de Leasing, S.A.”, siendo así que formaba parte de la relación jurídica trilateral de “leasing” y, por ello, el fallo de la sentencia le afecta directamente, pese a no haber sido parte, lo que produce la situación de indefensión que proscribe el artículo 24.1 de la Constitución”* (el subrayado es mío).

³⁸⁹ BERNAD MAINAR, ob. cit., p. 1.472; LÓPEZ FRÍAS, ob. cit. (*Los contratos conexos...*), p. 323-324, que fundamenta esta conclusión en que, según su criterio, la acción directa genera una obligación solidaria en los deudores (en nuestro caso el proveedor y la empresa de leasing, si la acción es ejercitada por el usuario), por lo que aplicando las normas de la solidaridad pasiva el acreedor puede demandar a cualquiera de los deudores; PASQUAU LIAÑO, ob. cit., p. 86-89.

³⁹⁰ Ver LÓPEZ FRÍAS, ob. cit. (*Los contratos conexos...*), p. 323-324, donde se muestra contraria a la existencia de litis consorcio pasivo necesario en caso de ejercicio de acción directa en contratos conexos, fundada en que la obligación de ambos deudores sería solidaria; p. 123-124, donde se muestra partidaria de una acción directa del usuario contra el proveedor para ejercitar la acción resolutoria; y p. 127 y 131, donde se muestra partidaria de la excepción de litis consorcio pasivo necesario en los casos de resolución del contrato de compraventa a instancias del usuario.

contra el proveedor en calidad de contraparte, y no como titular de una acción directa supuestamente derivada de la conexión existente entre dos contratos distintos.

16.- CONTRADICCIONES ENTRE CONEXIÓN CONTRATUAL Y EFECTO RELATIVO DEL CONTRATO.

Si la conexión contractual supone la existencia de contratos autónomos, se deriva la inevitable consecuencia de que habrá contratantes que resultan ser terceros. Ello sucede en el leasing financiero, donde los seguidores de la concepción bipartita reconocen que el proveedor es un tercero respecto del contrato de leasing,³⁹¹ y el usuario es un tercero respecto del contrato de compraventa.³⁹²

En estas circunstancias se hace extremadamente difícil compatibilizar los efectos atribuidos a la conexión contractual³⁹³ y al leasing financiero,³⁹⁴ con uno de los principios básicos del sistema contractual de los Códigos decimonónicos, el de efecto relativo de los contratos,³⁹⁵ según el cual *“los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan...”*

³⁹¹ DÍAZ ECHEGARAY, ob. cit., p. 716-717; GONZÁLEZ VÁSQUEZ, ob. cit., p. 1.300; GUTIÉRREZ GILSANZ, ob. cit., p. 68; LÓPEZ FRÍAS, ob. cit. (*Los contratos conexos...*), p. 142; SÁNCHEZ CALERO, ob. cit., p. 21; SÁNCHEZ-PARODI PASCUA, ob. cit., p. 170, Nota N° 10; SANTOS SÁNCHEZ, ob. cit., p. 481; SAP de Madrid de 26 de junio de 2007 (AC 2007/1894); SAP de Murcia de 19 de octubre de 1994 (AC 1994/1813), casada por la STS de 24 de mayo de 1999 (RJ 1999/3927), por motivos distintos a los que se hace referencia aquí; STSJ de Navarra de 22 de mayo de 1992 (RJ 1992/6198).

³⁹² BELTRÁN ALANDETE, ob. cit., p. 671; DI FORTUNATO, ob. cit., p. 24; FOCESATO, ob. cit., p. 375; GARCÍA GARNICA, ob. cit., (*Comentario...*), p. 792; GARCÍA SOLÉ, ob. cit. (*La subrogación...*), p. 1.069; MARÍN LÓPEZ, ob. cit. (*Comentario a la STS de 24 de mayo de 1999*), p. 1.149; MARÍN LÓPEZ, ob. cit. (*Comentario a la STS de 26 de febrero de 1996*), p. 757; RODRÍGUEZ-ROVIRA, ob. cit., p. 1.181; SÁNCHEZ CALERO, ob. cit., p. 23; SCCI de 27 de julio de 2006 (17145); SAP de Murcia de 19 de octubre de 1994 (AC 1994/1813), casada por la STS de 24 de mayo de 1999 (RJ 1999/3927), por motivos distintos a los que se hace referencia aquí; SAT de Valencia de 2 de diciembre de 1986 (RAJ 1986/7157).

³⁹³ Piénsese, por ejemplo, en la repercusión de la ineficacia de uno de los contratos sobre los demás que integran el grupo, o con la acción directa que se atribuye a uno de los contratantes contra otro que es un tercero.

³⁹⁴ Piénsese, por ejemplo, en la legitimación del usuario contra el proveedor, en especial para demandar la resolución del contrato de compraventa en el que no es parte.

³⁹⁵ La doctrina reconoce que ésta es la principal dificultad que debe superar la articulación de una doctrina general de la conexión contractual. Ver al efecto BERNAD MAINAR, ob. cit., p. 1.462; LÓPEZ FRÍAS, ob. cit. (*Los contratos conexos...*), p. 256; TENAS ALÓS, ob. cit., p. 158.

(art. 1.257 del Código Civil) o, en sentido negativo, que los contratos no producen efectos frente a terceros.

A fin de eludir esta contradicción, en materia de conexión contractual se ha intentado “replantear” el principio de efecto relativo, argumentado, por ejemplo, que quienes son partes de contratos conexos no se encuentran en la misma situación que los terceros absolutos, por lo que el principio no se les puede aplicar con todo su rigor,³⁹⁶ o bien afirmando derechamente que las partes de contratos conexos no son verdaderos terceros entre sí.³⁹⁷

Tales justificaciones se han trasladado al argumentario de la tesis bipartita del leasing financiero.³⁹⁸ Para sustentarlas se recurre nuevamente a la distinción entre el aspecto jurídico y el aspecto económico de la operación,³⁹⁹ esta vez para señalar que, si bien usuario y proveedor son terceros en el primero, no son “terceros extraños” en el segundo, ya que los tres intervinientes son “parte” de la operación económica de leasing financiero,⁴⁰⁰ llegando a afirmar incluso que se estaría frente a “contratantes mediatos”,⁴⁰¹

³⁹⁶ BERNAD MAINAR, ob. cit., p. 1.463; LÓPEZ FRÍAS, ob. cit. (*Los contratos conexos...*), p. 268-270. Un punto de vista algo distinto mantiene RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, ob. cit., p. 283-286, para quien la conexión contractual no implica ninguna excepción al principio de efecto relativo, al menos en lo que dice relación con la eficacia directa del contrato.

³⁹⁷ ÁLVAREZ MARTÍNEZ, ob. cit., p. 333-334, quien justifica por esta vía que los contratos conexos no constituyen en realidad una excepción al principio de efecto relativo del contrato; BERNAD MAINAR, ob. cit., p. 1.466, intentando superar de este modo el obstáculo que plantea el principio de relatividad contractual frente al reconocimiento de la acción directa como efecto general de la conexión contractual; SOLER PASCUAL, ob. cit., p. 297. Este mismo argumento es sostenido por los defensores de la acción directa derivada de la conexión contractual, según se expuso *supra* N° 15.3. En contra de este argumento se pronuncia HIDALGO GARCÍA, ob. cit., p. 25-26 califica como “curiosa, cuando menos” esta posición, ya que con ella se pasa a entender que la figura del tercero es prácticamente inexistente.

³⁹⁸ AGUILAR RUIZ, ob. cit., p. 177; DÍAZ MUYOR, ob. cit., p. 403; GARCÍA GARNICA, ob. cit., (*Comentario...*), p. 797; GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*En torno...*), p. 1.785-1.786; LÓPEZ FRÍAS, ob. cit. (*Los contratos conexos...*), p. 124; LÓPEZ FRÍAS, ob. cit. (*Sentencia...*), p. 113-114; MARÍN LÓPEZ, ob. cit. (*Comentario a la STS de 26 de febrero de 1996*), p. 758; ROJO AJURIA, ob. cit. (*La responsabilidad...*), p. 2.031.

³⁹⁹ La distinción entre aspecto económico y jurídico fue ya tratada *supra* N° 11, donde se expuso que los partidarios de la concepción bipartita hacen uso de ella para afirmar que, si bien en el orden económico el leasing financiero tiene carácter trilateral, en el orden jurídico pasa a ser bilateral, escindiéndose en dos contratos independientes.

⁴⁰⁰ BUITRAGO RUBIRA, ob. cit. (*El leasing mobiliario...*), p. 66 y 67; FOCESATO, ob. cit., p. 379; GARCÍA GARNICA, ob. cit., (*Comentario...*), p. 797; GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*En torno...*),

término de muy difícil encaje jurídico. También se ha intentado eludir la aplicación del principio de relatividad argumentando que éste habría sido diseñado para relaciones contractuales “normales”, y no para operaciones económico-jurídicas de carácter complejo, como el leasing financiero.⁴⁰² Sobre la base de estos razonamientos se intenta justificar la aplicación de algunos efectos que en el marco de la concepción bipartita resultan extra-legales, como la acción directa del usuario contra el proveedor⁴⁰³ o los efectos de la ineficacia de alguno de los dos contratos sobre el otro,⁴⁰⁴ y salvar así los resultados injustos a que lleva la aplicación estricta de los postulados de la concepción bipartita.

Sin embargo, cuando los partidarios de la dualidad contractual se enfrentan a la tarea de argumentar contra la concepción unitaria, se alzan argumentos que, contradiciendo lo anteriormente expuesto, aplican el principio del efecto relativo en todo su rigor. De esta manera se afirma que el consentimiento para la formación del contrato de leasing es prestado exclusivamente por la empresa de leasing y el usuario, sin que la voluntad del proveedor actúe como presupuesto para que surja el vínculo contractual entre dichas partes⁴⁰⁵ ni para que estas puedan exigir el cumplimiento de sus estipulaciones,⁴⁰⁶ lo que en la práctica se traduce en que el contrato es suscrito únicamente

p. 1.785-1.786; LÓPEZ FRÍAS, ob. cit. (*Los contratos conexos...*), p. 124; MARÍN LÓPEZ, ob. cit. (*Comentario a la STS de 26 de febrero de 1996*), p. 758, para quien la conexión entre los contratos no sólo tiene carácter económico, sino que también proyecta sus efectos en el plano jurídico, por lo que el usuario no sería un tercero en el contrato de compraventa, desde que designa el bien que debe ser adquirido por la empresa de leasing.

⁴⁰¹ LÓPEZ FRÍAS, ob. cit. (*Sentencia...*), p. 111; ROJO AJURIA, ob. cit. (*La responsabilidad...*), p. 2.031.

⁴⁰² LÓPEZ FRÍAS, ob. cit. (*Sentencia...*), p. 113-114.

⁴⁰³ FOCESATO, ob. cit., p. 379; GARCÍA GARNICA, ob. cit. (*El régimen jurídico...*), p. 210-211; GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*En torno...*), p. 1.785-1.786; LÓPEZ FRÍAS, ob. cit. (*Sentencia...*), p. 124; MARÍN LÓPEZ, ob. cit. (*Comentario a la STS de 26 de febrero de 1996*), p. 758. Ver *infra* N° 15.3, donde se puso en evidencia lo discutible de la acción directa basada en la conexión contractual, precisamente por su contradicción con el efecto relativo del contrato.

⁴⁰⁴ GARCÍA GARNICA, ob. cit., (*Comentario...*), p. 797.

⁴⁰⁵ DE NOVA, ob. cit., p. 34; DÍAZ ECHEGARAY, ob. cit., p. 716-717; ILLESCAS ORTIZ, ob. cit., p. 75; SÁNCHEZ-PARODI PASCUA, ob. cit., p. 170-171.

⁴⁰⁶ ILLESCAS ORTIZ, ob. cit., p. 75; SÁNCHEZ-PARODI PASCUA, ob. cit., p. 171.

por la empresa de leasing y el usuario;⁴⁰⁷ que la definición legal de leasing financiero no contempla al proveedor como parte de la operación;⁴⁰⁸ que, por su parte, el usuario no participa en las estipulaciones del contrato de compraventa, donde la empresa de leasing manifiesta su propia voluntad negocial;⁴⁰⁹ o que la relación jurídica entre el usuario y el proveedor se produce de manera ocasional, cuando se den circunstancias que no son consustanciales al leasing: que la empresa de leasing ceda al usuario las acciones dimanantes del contrato de compraventa y que el usuario incumpla dicho contrato.⁴¹⁰

Esta batería argumentativa es sumamente discutible.

Por una parte, cabe poner de manifiesto lo contradictorio que resulta el “replanteamiento” del principio de efecto relativo del contrato para intentar compatibilizarlo con la conexión contractual y sus pretendidos efectos en el leasing financiero, ya que por una parte (para negar la concepción unitaria) se hace una estricta separación entre aspecto económico y jurídico, afirmando que el carácter trilateral de la operación en el primer plano no trasciende al segundo, pero por otra parte, a la hora de enfrentarse a los efectos injustos que genera el mencionado principio, se aplican en el ámbito jurídico los efectos de una realidad económica que supuestamente era independiente, afirmando que, si bien usuario y proveedor son jurídicamente terceros, en realidad no son “tan” terceros. Ello conduce, en definitiva, a reconocer que la separación entre aspecto jurídico y económico no es tan radical como se afirmaba en un principio, e implica recurrir a argumentos que van en la línea contraria a la separación de la operación en dos contratos, y son más acordes con la unidad contractual propugnada en este trabajo.

⁴⁰⁷ SÁNCHEZ-PARODI PASCUA, ob. cit., p. 172, Nota N° 17, añadiendo que sólo se estará ante un auténtico negocio trilateral cuando exista un *acuerdo expreso* entre los tres sujetos sobre todo el contenido contractual.

⁴⁰⁸ SÁNCHEZ-PARODI PASCUA, ob. cit., p. 171, con referencia a la definición de la disposición adicional séptima de la ley 26/1988, que actualmente se encuentra en la disposición adicional tercera de la ley 10/2014.

⁴⁰⁹ DI FORTUNATO, ob. cit., p. 24, criticando de este modo las posiciones que consideran al usuario como “parte sustancial” en el contrato de compraventa. En España, BUITRAGO RUBIRA, ob. cit. (*El leasing mobiliario...*), p. 69-70 adhiere a esta postura, agregando que la calidad de tercero del usuario respecto del contrato de compraventa se desprende de que la relación entre aquel y el proveedor sólo se producirá cuando se pacte la cláusula de subrogación (frecuente, aunque no consustancial al contrato de leasing) y se produzca el incumplimiento del proveedor (elemento puramente circunstancial).

⁴¹⁰ BUITRAGO RUBIRA, ob. cit. (*El leasing mobiliario...*), p. 69.

Por otra parte, los argumentos esgrimidos para contradecir la concepción unitaria y que aplican rigurosamente el principio de efecto relativo, aparte de ser contradictorios con el “replanteamiento” del principio anteriormente expuesto, son también muy discutibles.

En primer lugar, no es tan cierto que para la formación del contrato de leasing sea absolutamente ajena la voluntad del proveedor, y que para la conformación de las estipulaciones del contrato de compraventa sea ajena la voluntad del usuario. A este respecto cabe tener presente que en la dinámica normal de la operación el primer contacto se da entre usuario y proveedor para los fines de selección del bien y determinación de las demás condiciones de venta del mismo por parte del proveedor a la empresa de leasing, elementos que siendo pactados por el usuario y el proveedor, pasan luego a formar parte del contrato de leasing propiamente dicho. Por lo demás, se debe recordar que uno de los argumentos que esgrimen los partidarios de la concepción bipartita para fundamentar la conexión entre contrato de compraventa y de leasing radica en la esencialidad de ambos para dar lugar a la operación (es decir, que no se celebraría uno sin el otro),⁴¹¹ lo que pone de manifiesto que los propios seguidores de la tesis dual terminan reconociendo el carácter esencial de la participación de las tres partes en la formación y en la ejecución de la operación.⁴¹² Por otro lado, el hecho de que en el contrato de leasing financiero propiamente dicho aparezcan solamente las firmas del usuario y de la empresa de leasing no sirve para contradecir lo anterior, ya que el aspecto documental no puede primar por sobre el aspecto sustancial de la operación, que requiere necesariamente la participación de las tres partes.⁴¹³

Tampoco es cierto que la presencia del proveedor no sea esencial en la etapa de ejecución del contrato, ya que en aras de conservar una intervención estrictamente financiera, la empresa de leasing integra al proveedor en dicha etapa, intentando que los aspectos relativos al bien sean tratados directamente entre usuario y proveedor,⁴¹⁴ lo que

⁴¹¹ Ver *supra* N° 14.2.2.

⁴¹² PURCARO, ob. cit. (*La locazione...*), p. 74.

⁴¹³ Ver *infra* N° 27.2.

⁴¹⁴ Ver REAL PÉREZ, ob. cit. (*“Leasing”...*), p. 508, quien critica la opinión según la cual después de vendida la cosa el proveedor desaparece de la relación de leasing, adquiriendo la calidad de tercero, ya que el proveedor no sólo no es tercero, sino que inevitablemente se mantiene implicado en la ejecución de la operación de leasing.

justifica la legitimación del primero contra el segundo, según se verá a lo largo de este trabajo.

Por otro lado, el argumento de que el proveedor no figura como parte de la operación en la definición legal de leasing financiero tampoco tiene mucho asidero, ya que si bien la disposición adicional tercera de la ley 10/2014 no menciona expresamente al proveedor, sí considera en la definición el contrato de compraventa (en que el vendedor es precisamente el proveedor), al decir que el bien es “*adquirido (...) según las especificaciones del futuro usuario*” por parte de la empresa de leasing, y ya se ha anticipado que la “especificación” del bien por parte del usuario deriva del pacto previo a que éste ha llegado con el proveedor. Asimismo, cabe recordar que el inciso segundo del párrafo 1 de la disposición adicional tercera de la ley 10/2014 no da pie, desde el punto de vista sustantivo, para negar el carácter esencial del contrato de compraventa (y, consiguientemente, del proveedor) en la configuración de la operación, ya que dicha norma describe una situación de leasing operativo.⁴¹⁵ Por último, es importante hacer notar que la norma legal que define el leasing financiero no tiene efectos sustantivos, sino sólo administrativos y fiscales,⁴¹⁶ de lo que se deriva que aunque el proveedor no formara parte de la definición legal, no podría deducirse necesariamente que no sea parte de la operación desde el punto de vista jurídico-privado.

Asimismo, resulta muy discutible el argumento de que la relación jurídica entre el usuario y el proveedor sólo se produce de manera ocasional cuando se den circunstancias no consustanciales al leasing como la cláusula de subrogación y el incumplimiento del proveedor. Primero porque los propios adherentes a la concepción bipartita califican las cláusulas de exoneración y subrogación como típicas del leasing financiero, según se verá. Segundo porque las relaciones entre el usuario y el proveedor no se dan sólo en el caso de incumplimiento del segundo, sino también en el supuesto de ejecución normal del contrato.

Sin perjuicio de todo lo anteriormente expuesto, la calidad de tercero del proveedor en el contrato de leasing es hoy difícilmente sostenible, ya que no es posible justificar que las partes de un contrato supuestamente ajeno al proveedor (el de leasing) pongan a su cargo, sin su consentimiento, obligaciones (las que le corresponden como vendedor)

⁴¹⁵ Ver *supra* N° 14.2.3.

⁴¹⁶ Ver *supra* N° 10.1.1.

respecto de un tercero (el usuario) que formalmente no es parte del contrato de compraventa que él celebra.⁴¹⁷

Como puede apreciarse, el principio de efecto relativo del contrato es el gran escollo que deben enfrentar la conexión contractual y la concepción bipartita del leasing financiero. Este principio “pena” a dichas estructuras no sólo al momento de ser fundamentadas desde un punto de vista general (como se ha visto hasta ahora), sino sobre todo al ser aplicadas a casos concretos (como se verá a lo largo de este trabajo), ya que los efectos de ambas son incompatibles con aquél, de manera que para intentar mantener dichas estructuras en pie se entra en contradicciones como las aquí analizadas, que por un lado afirman rotundamente el principio, pero por otro lo flexibilizan al extremo e introducen tal cantidad de excepciones que terminan por desnaturalizarlo. En relación con esto cabe preguntarse si no es mejor reconocer que en la realidad el usuario y el proveedor se comportan como contrapartes, teniendo la empresa de leasing un rol de financiador, y sobre esa base proporcionar un cauce jurídico que fundamente de manera más realista los efectos propios del leasing financiero, en vez de intentar mantener a ultranza una estructura bipartita que, por chocar con el principio de efecto relativo, difícilmente puede justificar de forma apropiada tales efectos.

B. LA CONCEPCIÓN BIPARTITA EN ALGUNOS INSTRUMENTOS QUE REGULAN EL LEASING FINANCIERO

En este apartado se expondrá la manera en que se regula la operación de leasing financiero en los siguientes textos: el *Uniform Commercial Code* de Estados Unidos (UCC), los instrumentos de Derecho Uniforme emanados de Unidroit (Convención sobre arrendamiento financiero internacional de 1988, CUAFI, y ley modelo de leasing de 2008, LMUL) y el Anteproyecto de Código Mercantil español (ACM).

Con ello se persiguen básicamente dos objetivos: En primer lugar, aclarar que todos los textos analizados reglamentan la operación sobre la base de una estructura bipartita, y no desde una perspectiva unitaria como pudiera parecer a primera vista por el hecho de tratar al usuario como acreedor de las obligaciones del proveedor. En segundo lugar,

⁴¹⁷ PURCARO, ob. cit. (*La locazione...*), p. 56-57; REAL PÉREZ, ob. cit. (*“Leasing”...*), p. 508-510.

exponer los aspectos generales de dichos textos, lo que servirá de base para posteriormente comparar las formas de tutela del usuario por incumplimiento del proveedor en los ordenamientos que regulan el leasing financiero y en los ordenamientos que no lo hacen, como el español.

17.- UNIFORM COMMERCIAL CODE (UCC) DE ESTADOS UNIDOS.

17.1.- Aspectos generales del UCC.

El *Uniform Commercial Code*, principal texto de reglas mercantiles de Estados Unidos, tiene ciertas particularidades que es necesario resaltar antes de iniciar el estudio de sus normas.

La principal característica de este cuerpo normativo es su particular proceso de dictación y reforma. El texto del UCC es el resultado del trabajo de un grupo de expertos con el apoyo institucional de dos organizaciones (*American Law Institute –ALI- y National Conference of Commissioners on Uniform State Laws –NCCUSL-*) que se encargan de compilar y codificar el *common law* en las materias que son objeto del Código. El texto que sale del seno de estos organismos es presentado a los Estados de la Unión para que lo aprueben en forma particular. No es, por tanto, una ley federal, y el carácter uniforme que ostenta su título tampoco es tal, ya que cada Estado puede introducir las modificaciones que estime oportunas al momento de aprobar el texto o su respectiva modificación.⁴¹⁸ Este proceso de generación de las reglas mercantiles no ha estado exento de críticas al interior de Estados Unidos, principalmente por su carácter privado, que iría en contra de los valores democráticos,⁴¹⁹ y por el eventual grado de falta de uniformidad que podría generar.⁴²⁰ No obstante, cabe observar que los Estados suelen establecer pocas modificaciones al texto

⁴¹⁸ Para más antecedentes sobre la historia legislativa y el proceso de reforma, ver GARRIDO, José María, *Código Uniforme de Comercio de los Estados Unidos. Texto oficial. Versión en castellano autorizada por The American Law institute*. Marcial Pons, Madrid, 2002, p. 35ss; HEERMANN, ob. cit., p. 311-313; STONE, Bradford y ADAMS, Kristen David, *Uniform Commercial Code in a nutshell*. Thomsom/West, USA, 2008 (7ª edición), p. XIss.

⁴¹⁹ BOSS, Amelia, *The future of the Uniform Commercial Code process in an increasingly international world*. En *Ohio State Law Journal*, vol. 68:349, p. 350ss, quien sugiere cambios, sobre todo en atención al fenómeno de uniformización del Derecho Mercantil a nivel internacional.

⁴²⁰ SCHROTH, ob. cit. p. 447 señala como factores de falta de uniformidad la modificación de las normas por parte de los Estados al incorporar el UCC, así como la falta de adopción de las sucesivas modificaciones oficiales por parte de los Estados.

propuesto, razón por la que frecuentemente los Tribunales recurren a decisiones de otros Estados, por estar basadas en un mismo texto.⁴²¹

Otro aspecto destacable del Código radica en que las instituciones antes mencionadas redactan un comentario oficial de cada artículo y sección del UCC,⁴²² que no es sancionado junto con éste, por lo que no es formalmente parte de la ley del Estado respectivo, pero es utilizado frecuentemente por la doctrina y la jurisprudencia,⁴²³ razón por la que será frecuentemente citado en este trabajo.

En cuanto a su estructura, el UCC está dividido en artículos (que en el lenguaje propio de nuestros Códigos podrían corresponder a Libros), éstos en Partes (que podrían ser el símil de los Títulos o las Secciones de nuestros Códigos) y éstos en secciones (que corresponderían a nuestros artículos).

El leasing financiero está regulado en el artículo 2A (denominado *Leases*), introducido en 1987⁴²⁴ y reformado en 1990 para salvar las críticas que suscitó el texto

⁴²¹ Ver, por ejemplo, DUKE ENERGY ROYAL, LLC v. PILLOWTEX CORP. (In re Pillowtex, Inc.), United States Court of Appeals for the Third Circuit, 10 de abril de 2003; IN RE EDISON BROS. STORES, United States Bankruptcy Court for the District of Delaware, 3 de abril de 1997.

⁴²² Puede consultarse dicho comentario en AMERICAN LAW INSTITUTE (ALI) y NATIONAL CONFERENCE OF COMMISSIONERS ON UNIFORM STATE LAWS (NCCUSL), *Official Comment to article 2A*. En "Commercial and debtor-creditor Law selected statutes", Douglas G. Baird, Theodore Eisenberg y Thomas H. Jackson, Foundation Press, St. Paul, 2015.

⁴²³ SCHROTH, ob. cit. p. 446. Entre los casos que han utilizado el comentario oficial para interpretar las previsiones del UCC puede verse LAWRENCE CRAWFORD ASS'N FOR EXCEPTIONAL CITIZENS v. CONVERSOURCE, INC., Appellate Court of Illinois, Fifth District, 15 de agosto de 2012; C & J VANTAGE LEASING CO. v. WOLFE, Supreme Court of Iowa, 4 de marzo de 2011; UNITED STATES ACHIEVEMENT ACAD., LLC v. PITNEY BOWES, INC., United States District Court for the Eastern District of Kentucky, 18 de octubre de 2006; EUREKA BROADBAND CORP. v. WENTWORTH LEASING CORP., United States Court of Appeals for the First Circuit, 7 de marzo de 2005; DUKE ENERGY ROYAL, LLC v. PILLOWTEX CORP. (In re Pillowtex, Inc.), United States Court of Appeals for the Third Circuit, 10 de abril de 2003; GE CAPITAL CORP. v. NATIONAL TRACTOR TRAILER SCH., Supreme Court of New York, Onondaga County, 17 de noviembre de 1997; ADDISON v. BURNETT, Court of Appeal of California, Sixth Appellate District, 18 de enero de 1996.

⁴²⁴ Respecto de la situación del leasing (incluido el financiero) antes de la publicación del art. 2A, la doctrina suele coincidir en que reinaba un cierto caos en cuanto a la normativa aplicable, por lo que su implementación resultaba necesaria. En este sentido, ver BRESLAUER, ob. cit., p. 330, nota 57; GARVIN, Larry, *The changed (and changing?) Uniform Commercial Code*. En Florida State Law Review, vol. 26, p. 288-290; GROSS, ob. cit. p. 130; SCHOENFELD, ob. cit., p. 567-572; SCHROTH, ob. cit. p. 440-441; STRAUSS, Robert, *Equipment leases under U.C.C. Article 2A - Analysis and practice suggestions*. En Mercer Law Review, vol. 43, 1991-1992, p. 854. En contra, SPAK, Michael, *Pledge allegiance to the code: dodging the draft with liberty and leases for all*. En Journal of Law and Commerce, vol. 13, *passim*, apunta una serie de críticas bajo la idea común de que la implementación del art. 2A

original.⁴²⁵ Posteriormente fue objeto de una revisión que culminó en 2003,⁴²⁶ que por su nulo nivel de aceptación por parte de los Estados fue finalmente retirada del texto oficial en 2011.⁴²⁷ Como fuente al art. 2A sirvió principalmente el art. 2, relativo a la compraventa,⁴²⁸ pero también (aunque de forma mucho más reducida) el art. 9, relativo a las operaciones garantizadas.⁴²⁹

La importancia de estudiar la reglamentación del leasing financiero en Estados Unidos radica en que esta figura nació y se ha desarrollado naturalmente en dicho medio, cuyo ordenamiento es el que la ha regulado de forma más exhaustiva a través del art. 2A UCC

17. 2.- Definición de leasing financiero.

El *finance lease*⁴³⁰ está definido en la sección 2A-103(1)(g) como “*un arrendamiento respecto del cual:*

era innecesaria. En cuanto a la situación posterior a la introducción del art. 2A, NIMMER, ob. cit., p. 560 y 564 estima que ha contribuido a disminuir la litigiosidad a que antes estaba expuesto el leasing, al punto que muchas de sus normas no han sido objeto de análisis judicial.

⁴²⁵ GARVIN, ob. cit., p. 289-312; GROSS, ob. cit., p. 128, 131-133, 149-150; HEERMAN, ob. cit., p. 313.

⁴²⁶ BOSS, ob. cit., p. 351; STONE y ADAMS, ob. cit., p. 169.

⁴²⁷ SCHROTH, ob. cit. p. 447 explica que la mayoría de los estados consideró innecesario incorporar la modificación de 2003 (que abordaba materias de comercio electrónico) debido a la existencia en este ámbito de normas federales y de la *Uniform Electronic transactions Act*, adoptada por la mayoría de los Estados.

⁴²⁸ ALI y NCCUSL, ob. cit. (*Official Comment*), prólogo; BRESLAUER, ob. cit., p. 318-319; LAWRENCE William y MINAN, John, *Deviations from the statutory analogues: The new U.C.C. article 2A*. En *The University of Kansas Law Review*, vol. 40, 1992, p. 539-557; SPAK, ob. cit., p. 80; STRAUSS, ob. cit., p. 854-855. De hecho, la lectura de las normas del art. 2A deja en evidencia que algunas normas del art. 2 han sido traspasadas casi literalmente al art. 2A. Por su parte, GROSS, ob. cit., p. 130 y SPAK, ob. cit., p. 80 detallan que antes de la aparición del art. 2A, muchos tribunales estadounidenses aplicaron al leasing las normas del art. 2 por analogía.

⁴²⁹ LAWRENCE y MINAN, ob. cit., p. 558-567.

⁴³⁰ En cuanto a la terminología, SCHROTH, ob. cit., p. 442 señala que la expresión correcta en Derecho Mercantil es la de *finance lease*, que es la que utiliza el art. 2A. En el mismo sentido, BRESLAUER, ob. cit., p. 319, quien agrega que se suele usar también la expresión *equipment lease*. En todo caso, en ALI y NCCUSL, ob. cit. (*Official Comment*), sección 2A-103(1)(g), se hace notar que en otros contextos, como el tributario y contable, el término *finance lease* se usa para denominar distintos tipos de *lease*. Por último, KRONKE, ob. cit., p. 324 estima que las expresiones “*financing lease*” y “*financial lease*” esconden un *security interest* (es decir, una garantía, y no un verdadero

- (i) El arrendador no selecciona, fabrica ni suministra las mercaderías;⁴³¹
- (ii) El arrendador adquiere las mercaderías o el derecho a la posesión y al uso de las mercaderías⁴³² con la finalidad de arrendarlas;⁴³³ y
- (iii) Se da una de las circunstancias siguientes:⁴³⁴
 - (A) El arrendatario recibe una copia del contrato por el que el arrendador adquirió las mercaderías o el derecho de posesión y uso de las mismas antes de firmar el contrato de arrendamiento;

arrendamiento), aunque se ha extendido el uso de la expresión “*financial lease*” como sinónimo de “*finance lease*”, particularmente en instrumentos internacionales.

⁴³¹ La falta de intervención de la empresa de leasing en estos aspectos justifica la exoneración de la responsabilidad que de forma general recae sobre el arrendador o el vendedor. Ver al efecto, ALI y NCCUSL, ob. cit. (*Official Comment*), sección 2A-103(1)(g), donde se aclara, sin embargo, que si la empresa de leasing otorga garantías a favor del usuario, éste resultará protegido por el contrato y el *common law*; BRESLAUER, ob. cit., p. 324; GROSS, ob. cit., p. 135; SCHOENFELD, ob. cit., p. 575.

⁴³² Cabe destacar que, a diferencia de las características de la operación de leasing financiero en nuestro contexto jurídico, en el UCC el *supply contract* (expresión que es frecuentemente traducida como “contrato de suministro”) puede ser un contrato por medio del que la empresa de leasing adquiera el bien en dominio, o bien actúe como arrendatario. En efecto, la sección 2A-103(1)(y) define *supply contract* como “un contrato conforme al cual un arrendador compra o arrienda mercaderías para ser arrendadas”, traducción tomada de GARRIDO, ob. cit., p. 146. En consecuencia, la empresa de leasing puede comprar el bien al proveedor para darla en leasing al usuario, o bien puede tomarlo en arrendamiento del proveedor para, a su vez, subarrendarla al usuario.

⁴³³ Según WHITE et. al., ob. cit. (vol. 2), p. 11, este requisito viene a descartar del supuesto legal de leasing financiero el caso en que la empresa de leasing es, además, proveedora del bien, por ejemplo, cuando tenga en su patrimonio un bien remanente de otra operación de leasing (porque el usuario anterior lo devolvió por cualquier motivo) y lo ofrece bajo un nuevo contrato de leasing. Por su parte, SCHOENFELD, ob. cit., p. 586-588 opina que el requisito en análisis no se daría en aquellos casos de empresas de leasing que tengan una relación muy estrecha con el proveedor (por ejemplo, por ser una empresa de leasing creada para dar financiamiento a las ventas del proveedor), caso en el que el Tribunal, en aplicación de la doctrina de “*close connectedness*” podría estimar que no se dan los requisitos para calificar el contrato como leasing financiero y, por esa vía, restar a la empresa de leasing la protección que le otorga el art. 2^a.

⁴³⁴ Todos los supuestos de la sub sección (iii) dicen relación con la necesidad de que el usuario conozca las promesas y garantías a que el proveedor se compromete en el contrato de compraventa, las se extenderán al usuario en conformidad a la sección 2A-209, que será analizada *infra* N° 24.2.3 y 24.2.4. Ver al efecto BRESLAUER, ob. cit., p. 323; GROSS, ob. cit., p. 137; LAWRENCE y MINAN, ob. cit., p. 538; MARTÍNEZ MARTÍNEZ, María Teresa, *La regulación del leasing mobiliario en el UCC norteamericano*. En Cuadernos de Derecho y Comercio, n° 40, diciembre 2003, p. 58; WHITE et. al., ob. cit. (vol. 2), p. 11-12 y 16; FIRST FED. FIN. SERV. v. DERRINGTON’S CHEVRON, INC., Court of Appeals of Wisconsin, 22 de septiembre de 1999. Para el análisis de esta sub sección antes de la reforma de 1990, ver SCHOENFELD, ob. cit., p. 575-576.

- (B) *O la aprobación del arrendatario del contrato por el que el arrendador adquirió las mercaderías o el derecho de posesión y uso de las mismas constituye una condición para la eficacia del contrato de arrendamiento;*
- (C) *El arrendatario, antes de firmar el contrato de arrendamiento, recibe una declaración exacta y completa que contenga las promesas y garantías y cualesquiera medidas extrajudiciales, o liquidación de daños, incluidos los de terceros, como el fabricante de las mercaderías, entregada al arrendador por la persona que suministra las mercaderías, en relación con el contrato o como una parte del contrato por el que el arrendador adquirió las mercaderías o el derecho de posesión y uso de las mismas;*⁴³⁵ o
- (D) *Si el arrendamiento no es un arrendamiento de consumo, el arrendador, antes de que el arrendatario firme el contrato de arrendamiento, informa al arrendatario por escrito de: (a) la identidad de la persona que suministra las mercaderías al arrendador, a menos que el arrendatario haya seleccionado a esa persona y haya dado instrucciones al arrendador para que adquiriera las mercaderías, o el derecho de posesión y uso de las mismas, a esa persona; (b) que el arrendatario tiene derecho conforme a este artículo⁴³⁶ a las promesas y garantías, incluyendo las que haga un tercero, dadas al arrendador por la persona que suministra las mercaderías en relación con el contrato o como parte del contrato por el que el arrendador adquirió las mercaderías o el derecho de posesión y uso de las mismas, y (c) que el arrendatario pueda comunicarse con la persona que suministra las mercaderías al arrendador, y recibir una declaración exacta y completa de esas promesas y garantías, incluyendo las*

⁴³⁵ Ver ALI y NCCUSL, ob. cit. (*Official Comment*), sección 2A-103(1)(g), donde se explica que esta norma está dada para los casos en que la empresa de leasing no quiera que el usuario tenga acceso al contrato de suministro completo. El documento a que hace referencia la norma puede ser una declaración de los términos del contrato de suministro, o bien una copia de las partes relevantes de éste. No es necesario declarar las garantías implícitas, pero sí las exenciones de responsabilidad o modificaciones de remedios contra el proveedor, de manera que el usuario sepa de antemano lo que podrá y lo que no podrá exigir al proveedor en virtud de la sección 2A-209.

⁴³⁶ Ver ALI y NCCUSL, ob. cit. (*Official Comment*), sección 2A-103(1)(g), donde se señala que la referencia debe entenderse hecha a la sección 2A-209.

*exoneraciones y limitaciones de las mismas, así como de las acciones judiciales y medidas extrajudiciales.”*⁴³⁷

17. 3.- Normativa aplicable al leasing financiero.

Para llegar a las normas reguladoras del leasing financiero en el UCC es necesario realizar algunas calificaciones en atención a las características del contrato específico que se esté analizando. En primer lugar, se debe determinar si el contrato en cuestión constituye o no un *lease*⁴³⁸ (un arrendamiento), ya que ya que el *finance lease* es una especie de *lease*.⁴³⁹ Luego, si el contrato califica como *lease* debe, además, cumplir los requisitos del concepto de *finance lease*, que se expuso en el punto anterior. Finalmente, en base a los elementos que proporciona la sección 1-203 UCC, se debe determinar si el contrato en cuestión es un verdadero contrato de arrendamiento financiero (*true finance lease*, en cuyo caso se registrará por las normas del art. 2A) o si bajo la forma de arrendamiento se esconde una operación financiera con garantía mobiliaria (*security interest*),⁴⁴⁰ en cuyo caso el contrato no se registrará por el art. 2A, sino por el art. 9).⁴⁴¹

⁴³⁷ La traducción ha sido extraída de GARRIDO, ob. cit., p. 144-145. Salvo que se diga expresamente lo contrario, en adelante las traducciones que se citen lo serán de dicho texto.

⁴³⁸ El *lease* está definido en la sección 2A-103(1)(j) como “una transmisión del derecho a poseer y utilizar las mercaderías durante un período de tiempo a cambio de una contraprestación, pero una compraventa, incluyendo una venta con reserva de aprobación, o una venta estimatoria, o la retención o creación de una garantía real, no constituyen un arrendamiento. A menos que el contexto claramente indique otra cosa, el término comprende los subarrendamientos”. La traducción ha sido extraída de GARRIDO, ob. cit., p. 145.

⁴³⁹ ALI y NCCUSL, ob. cit. (*Official Comment*), sección 2A-103(1)(g); GROSS, ob. cit., p. 133-137; HEERMANN, ob. cit., p. 313. Cabe hacer notar al respecto que el encabezado de la sección 2A-103(1)(g) dice que “*Finance lease means a lease with respect to which...*”, de manera que el leasing financiero es concebido como un arrendamiento que tiene ciertas características especiales.

⁴⁴⁰ El *security interest* aparece definido en la sección 1-201(35) como un derecho sobre bienes muebles o inmuebles por destino que asegura el pago o cumplimiento de una obligación (traducción propia). Como puede apreciarse, el concepto coincide con el de garantía o caución en nuestro sistema de Derecho.

⁴⁴¹ La distinción entre *true lease* y *security interest* es aplicable a todo *lease*, pero tiene mucho mayor interés en el caso del *finance lease*, que es el que con mayor probabilidad puede llegar a esconder una venta con garantía. En este sentido, HEERMANN, ob. cit., p. 315, WHITE et. al., ob. cit. (vol. 2), p. 4.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe señalar que el leasing financiero debe distinguirse también de otras figuras próximas, aunque con un régimen legal distinto, como es el caso de financiación a vendedor por medio de instrumentos negociables, especialmente mediante la figura de *holder in due course*, regulado en el art. 3 UCC. En este caso el vendedor que no pueda o no quiera financiar al

Una vez que se concluye que el contrato es un arrendamiento financiero regido por el art. 2A, se deben buscar dentro de éste las normas aplicables al *finance lease*, ya que dicho artículo regula conjuntamente todos los arrendamientos mobiliarios. Este es uno de los asuntos más difíciles de captar para quien emprende el estudio del art. 2A, ya que, si bien hay secciones aplicables exclusivamente al leasing financiero,⁴⁴² la mayoría de las secciones que contienen una regulación conjunta para todos los tipos de arrendamiento, debiendo determinarse si la norma en cuestión se aplica o no al leasing financiero,⁴⁴³ o si se aplica sólo parte de ella a la figura en estudio.⁴⁴⁴

comprador puede pedir a éste que suscriba títulos valores con vencimientos sucesivos, que luego el vendedor cederá a una entidad financiera, la que podrá cobrar al comprador las cuotas. Dicha figura tiene muchas semejanzas con el leasing financiero, pero se distingue de este último en que el financiador no adquiere la propiedad u otros derechos sobre el bien. Para más detalles sobre la diferencia entre ambas figuras ver SCHOENFELD, ob. cit., p. 585-589 y 592, quien califica el leasing financiero como un híbrido entre *secured transaction* y *holder in due course*.

⁴⁴² En ALI y NCCUSL, ob. cit. (*Official Comment*), sección 2A-103(1)(g) se enumeran las siguientes secciones como aplicables exclusivamente al leasing financiero: 2A-209, 2A-211(2), 2A-212(1), 2A-213, 2A-219(1), 2A-220(1)(a), 2A-221, 2A-405(c), 2A-407, 2A-516(2) y 2A-517(1)(a) y (2).

⁴⁴³ Por ejemplo, la sección 2A-516(3)(a) no señala expresamente a qué tipo de arrendamiento se aplica, pero como en determinadas partes de su redacción hace referencia al proveedor (que sólo aparece en el leasing financiero, y no en los demás tipos de arrendamiento), debe entenderse que se aplica también al leasing financiero, lo que resulta conformado por ALI y NCCUSL, ob. cit., (*Official Comment*), sección 2A-516, N° 2. En otros casos ni siquiera hay una guía como la anterior (referencia al proveedor), sino que se regula una materia indistintamente para todos los tipos de leasing y, al no ser excluido el financiero, debe entenderse que se le aplica. Como ejemplo, puede mencionarse la sección 2A-508(5), que GROSS, ob. cit., p. 145 entiende aplicable al leasing financiero, y respecto de la que ALI y NCCUSL, ob. cit., (*Official Comment*), sección 2A-508, N° 10, afirma que no se ha hecho tratamiento especial para el leasing financiero.

⁴⁴⁴ En ciertos casos esta determinación debe hacerse por exclusión, ya que algunas secciones regulan una materia para todos los tipos de *lease*, señalando que determinada parte de la norma no rige para el *finance lease*. Como resultado se tiene que se aplicará al leasing financiero aquellas partes de la norma en que no se ha hecho una exclusión expresa. Como ejemplo de lo anterior se puede ver la sección 2A-517(1), que regula los casos en que el arrendatario puede revocar la aceptación del bien. Como la subsección (a) y la segunda parte de la subsección (b) establecen una exclusión expresa para el leasing financiero, debe deducirse que sólo la primera parte de la subsección (b) se aplica a esta operación. Otro ejemplo en este sentido se tiene en la regulación de las garantías de que es responsable la empresa de leasing frente al usuario, reguladas en las secciones 2A-210 a 2A-213. En estos casos resulta muy útil el comentario oficial, que frecuentemente explicita las partes de cada norma que se aplican al leasing financiero.

17. 4.- Concepción de leasing financiero adoptada en el UCC.

El UCC regula la operación de leasing financiero en el entendido de que está compuesta por dos contratos distintos, sin que constituya, en consecuencia, un solo contrato negociado y regulado por las tres partes. Ello se colige de varias normas. Por ejemplo, la definición de la sección 2A-103(1)(g) entiende que sólo son partes del contrato la empresa de leasing y el usuario, calificando su relación como un contrato de arrendamiento, sólo que con ciertas características especiales derivadas de la presencia de un tercer sujeto (el proveedor) y de un contrato relacionado (*supply contract*, o contrato de suministro⁴⁴⁵). Por otra parte, del comentario oficial de la sección 2A-103(1)(g)(iii) se desprende que las condiciones del contrato de suministro son negociadas por sus partes (empresa de leasing y proveedor), tanto así que puede darse el caso en que el usuario ni siquiera conozca el contenido completo de dicho contrato, sino sólo un extracto de las cláusulas específicas que le afectarán.⁴⁴⁶

En cuanto a la relación entre los dos contratos que conforman la operación, la sección 2A-103(1)(g)(ii) exige que el concedente adquiera el bien (o el derecho a usar el bien) “*en conexión con*” el contrato de leasing propiamente dicho.⁴⁴⁷ Si bien la literalidad de la norma podría justificar la conclusión (un tanto apresurada) de que ambos contratos son conexos, no es posible llegar a establecer una relación de conexión como la que se ha elaborado en nuestro sistema. Por lo demás, la conexión entre el contrato de suministro y el de leasing ni siquiera queda aclarada en el comentario oficial, que evitó explicarla, limitándose a decir que el alcance de la frase “*en conexión con*” debe ser desarrollado por los Tribunales caso a caso,⁴⁴⁸ lo que ha dado lugar a diversas explicaciones por parte de la doctrina.⁴⁴⁹

⁴⁴⁵ De acuerdo a la sección 2A-103(1)(y) el suministro (*supply contract*) puede consistir en una compraventa o un arrendamiento. En virtud de lo anterior, al referirme a este contrato emplearé con preferencia la expresión “contrato de suministro” a la de “contrato de compraventa”.

⁴⁴⁶ ALI y NCCUSL, ob. cit. (*Official Comment*), sección 2A-103(1)(g).

⁴⁴⁷ La norma dice literalmente: “*the lessor acquires the goods or the right to possession and use of the goods in connection with the lease*” (el subrayado es mío). Hago esta aclaración porque la expresión “*in connection with*”, que es importante para el análisis que se está haciendo, no aparece en la traducción de GARRIDO, ob. cit., p. 144-145, transcrita con anterioridad.

⁴⁴⁸ ALI y NCCUSL, ob. cit. (*Official Comment*), sección 2A-103(1)(g).

⁴⁴⁹ Por ejemplo, BRESLAUER, ob. cit., p. 323 señala que este requisito apunta a la necesidad de que la empresa de leasing no arriende bienes que tenga previamente en su inventario; GE CAPITAL

En todo caso, parece haberse entendido que la operación está compuesta por un contrato bilateral de arrendamiento en estrecha relación con el contrato de suministro,⁴⁵⁰ pero independientes entre sí,⁴⁵¹ descartándose la existencia de un contrato trilateral, lo que se deriva de la falta de una relación contractual entre usuario y proveedor⁴⁵² (las relaciones contractuales entre usuario y empresa de leasing y entre ésta y el proveedor son innegables). Esto último resulta corroborado por el hecho de que una de las justificaciones que frecuentemente se da para la instauración de la acción directa de la sección 2A-209 es justamente la falta de relación contractual entre usuario y proveedor. Dicha acción directa, que será analizada con detalle más adelante, hace extensivos los beneficios del contrato de suministro al usuario, pero no lo hace parte del mismo ni hace al usuario acreedor directo del proveedor.⁴⁵³

18.- CONVENCIÓN UNIDROIT SOBRE ARRENDAMIENTO FINANCIERO INTERNACIONAL (CUAFI).

18.1.- Aspectos generales de la Convención.

Los trabajos para la elaboración de la Convención partieron en la 53ª sesión del Consejo de Dirección de UNIDROIT, celebrada en febrero de 1974, donde se aceptó la propuesta de la Secretaría del mismo organismo en orden a la preparación de unas “reglas uniformes” sobre leasing internacional, aceptación que se fundó en la importancia del

CORP. v. NATIONAL TRACTOR TRAILER SCH., Supreme Court of New York, Onondaga County, 17 de noviembre de 1997 explica el requisito señalando que de no ser por el contrato de leasing, la empresa de leasing no hubiese adquirido el bien; y GROSS, ob. cit., p. 135-136 señala que el nexo requerido para que ambos contratos estén “en conexión” no queda claro.

⁴⁵⁰ BRESLAUER, ob. cit., p. 324.

⁴⁵¹ Ver EUREKA BROADBAND CORP. v. WENTWORTH LEASING CORP., United States Court of Appeals for the First Circuit, 7 de marzo de 2005, donde la Corte recalca la independencia entre ambos contratos; GE CAPITAL CORP. v. NATIONAL TRACTOR TRAILER SCH., Supreme Court of New York, Onondaga County, 17 de noviembre de 1997, caso en que el usuario demandado por falta de pago de las cuotas de leasing intentó en el mismo procedimiento una acción contra el proveedor alegando el mal funcionamiento del bien, acción que la Corte denegó argumentando que el proveedor no es parte en el contrato de leasing y que las alegaciones del usuario contra el proveedor son independientes de las que tiene la empresa de leasing contra el usuario.

⁴⁵² Ver SPECTRUM PRESS v. GARRET, Circuit Court of the City of Richmond, Virginia, 26 de septiembre de 1996, donde la Corte analizó el punto para concluir que no existe contrato de compraventa entre usuario y proveedor.

⁴⁵³ Ver *infra* N° 24.2.3.

leasing en el comercio internacional, las controversias doctrinales y las dificultades prácticas emanadas de la inadecuada intervención del legislador.⁴⁵⁴ Durante el proceso, y debido a las reticencias de ciertos Estados, se decidió abandonar la elaboración de una ley uniforme⁴⁵⁵ y, en cambio, redactar un proyecto de Convención, que finalmente fue adoptado en la Conferencia Diplomática celebrada del 9 al 28 de mayo de 1988 en Ottawa, Canadá, con la participación de enviados de cincuenta y cinco Estados.⁴⁵⁶

En la actualidad son veinte los Estados firmantes de la Convención (entre los que no figura España), pero la Convención sólo está vigente en diez de ellos,⁴⁵⁷ lo que implica un bajísimo nivel de aceptación.⁴⁵⁸ No obstante, ha tenido impacto en el ordenamiento doméstico de los países que la han adoptado. Así, por ejemplo, en Italia se ha entendido que la Convención puede tener relevancia respecto de los contratos domésticos de leasing, sea para suplir los vacíos de la reglamentación nacional,⁴⁵⁹ sea para aplicarla por analogía,⁴⁶⁰ o para extraer elementos generales de la lógica de la operación, con fines

⁴⁵⁴ UNIDROIT, *Report on the contract of leasing*. Disponible en <http://www.unidroit.org/english/documents/1975/study59/s-59-01-e.pdf> Consulta: 21 de enero de 2017, p. 1-9.

⁴⁵⁵ Según consta de los antecedentes históricos de la Convención, la razón para abandonar la idea de elaborar las reglas uniformes fue la renuencia manifestada por algunos Estados a los instrumentos internacionales cuyo efecto fuera influir en su legislación doméstica. Ver al efecto UNIDROIT, ob. cit. (*Draft convention...*), p. 26.

⁴⁵⁶ Para mayores antecedentes sobre el proceso de elaboración de la Convención, ver BRAZIL, ob. cit., p. 40; CUMING, ob. cit., p. 40; DOMÍNGUEZ PÉREZ, Eva, *Consideraciones en torno al leasing internacional a la luz del Convenio UNIDROIT sobre leasing internacional (Ottawa, 28 de mayo de 1988)*. En Revista de Derecho Mercantil, año 2004, N° 254, p. 1.514ss; FLORES DOÑA, ob. cit., p. 177ss; PETIT SEGURA, ob. cit., p. 81ss; RODRÍGUEZ MATEOS, Pilar, *El contrato de leasing mobiliario internacional*. Eurolex, Madrid, 1997, p. 74ss.

⁴⁵⁷ Ver <http://www.unidroit.org/status-leasing-conv-1988> Consulta: 21 de enero de 2017.

⁴⁵⁸ Ver KRONKE, ob. cit., p. 327, quien apunta como factores de la escasa adopción de la Convención su modesto ámbito de aplicación y la relativa rara ocurrencia de operaciones de leasing financiero realmente internacionales.

⁴⁵⁹ DI FORTUNATO, ob. cit., p. 12.

⁴⁶⁰ KRONKE, ob. cit., p. 327; SCHERMI, ob. cit., p. 728. Ver también SCCI de 16 de noviembre de 2007 (23794), que considera la Convención como “un útil término de comparación para la reconstrucción de la disciplina del incumplimiento del proveedor”.

expositivos.⁴⁶¹ Además, se ha propuesto su utilización como formulario para los contratos de leasing financiero internacional.⁴⁶²

18. 2.- Objeto y propósitos de la Convención

Antes de entrar al análisis de las normas de la Convención es importante tener en cuenta su objeto y sus propósitos, expresados en el Preámbulo del texto, ya que de acuerdo al art. 6.1 estos aspectos deben ser tenidos en cuenta al momento de interpretar sus preceptos.

De lo expresado en el Preámbulo y en el comentario de la Secretaría de Unidroit⁴⁶³ se desprende que el objeto de la Convención se reduce a: A) Sólo aspectos de Derecho Civil y Comercial de la operación, excluyéndose de este modo los aspectos fiscales y contables;⁴⁶⁴ B) Sólo *algunos* aspectos de Derecho Civil y Comercial. No se trata, por tanto, de una regulación sistemática de *todos* los aspectos jurídico-privados de la operación, sino sólo de un número limitado de puntos en los que se estimó necesario dictar normas de carácter uniforme.⁴⁶⁵ Ello debe tenerse presente al momento de tratar los problemas

⁴⁶¹ IMBRENDA, ob. cit. (*Il leasing*), p. 28; KRONKE, ob. cit., p. 327; PENNETA, ob. cit. (*Leasing finanziario...*), p. 1.431; STS de 1 de marzo de 2011 (RJ 2011/2615); SCCI de 27 de julio de 2006 (17145); SCCI de 12 de marzo de 2004 (5125); SCCI de 26 de enero de 2000 (854); SCCI de 2 de noviembre de 1998 (10926). Esta función de la Convención fue prevista por quienes participaron en su redacción. Ver al efecto CUMING, ob. cit., p.41-42.

⁴⁶² KRONKE, ob. cit., p. 327. En contra, WANG, ob. cit., p. 136 afirma que la Convención no refleja las cláusulas típicas de un leasing financiero internacional.

⁴⁶³ UNIDROIT, ob. cit. (*Draft convention...*), p. 28-31.

⁴⁶⁴ FLORES DOÑA, ob. cit., p. 184; ILLESCAS ORTIZ Rafael y PERALES VISCASILLAS, Pilar, *Derecho Mercantil Internacional. El Derecho Uniforme*. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2003, p. 86.

⁴⁶⁵ Ver CUMING, ob. cit., p. 42-43, quien expone que ello se debió a la imposibilidad de alcanzar acuerdo sobre todos los aspectos involucrados en la operación; ILLESCAS ORTIZ y PERALES VISCASILLAS, ob. cit., p. 301.

Para las materias no reguladas expresamente y para aquellas respecto de las que no pueda encontrarse una regulación en base a los principios generales en que se basa la Convención (art. 6.2), habrá que encontrar la solución en el ordenamiento jurídico que resulte aplicable en virtud de las normas conflictuales de Derecho Internacional Privado. La propia Convención recurre al sistema conflictual de Derecho Internacional Privado en los arts. 3, 4, 6, 7.3, 7.5(b), 8.4, 10.1 y 12.2. Ver FLORES DOÑA, ob. cit., p. 184-185, quien debido a lo anterior critica la falta de uniformidad lograda por la Convención.

específicos a que da lugar la operación, ya que no todos los que se analizarán en la Capítulo IV de este trabajo son abordados por la Convención.

Por su parte, los propósitos expresados en el Preámbulo y en el comentario de la Secretaría de Unidroit⁴⁶⁶ son los siguientes: A) Remover impedimentos jurídicos derivados principalmente del inadecuado tratamiento legal de la operación, que fuerza su análisis dentro de figuras tradicionales que no se condicen con la estructura triangular que se crea en el leasing financiero;⁴⁶⁷ B) Establecer un balance equitativo de los intereses de las partes;⁴⁶⁸ C) Fomentar la utilización del leasing financiero internacional.

18. 3.- Definición de leasing financiero.

El art. 1 define el leasing financiero en los siguientes términos:

“1. La presente Convención regirá las operaciones de arrendamiento financiero internacional que se describen en el párrafo 2, en las cuales una parte (el arrendador),

(a) conforme a las especificaciones de la otra parte (el arrendatario), celebra un contrato (el contrato de suministro⁴⁶⁹) con una tercera parte (el proveedor), en virtud del cual el arrendador adquiere instalaciones, bienes de capital u otros equipos (el equipo) bajo términos aprobados por el arrendatario en lo que concierne a sus intereses, y

(b) celebra un contrato (el contrato de arrendamiento) con el arrendatario por el que concede al arrendatario el derecho de usar el equipo mediante el pago de rentas.

2. El arrendamiento financiero a que se refiere el párrafo precedente constituye una operación que tiene las siguientes características:⁴⁷⁰

⁴⁶⁶ UNIDROIT, ob. cit. (*Draft convention...*), p. 28-31.

⁴⁶⁷ CUMING, ob. cit., p. 41.

⁴⁶⁸ UNIDROIT, ob. cit. (*Draft convention...*), p. 78.

⁴⁶⁹ Tal como el UCC, la Convención habla de *supply agreement*, expresión que es frecuentemente traducida como “contrato de suministro”, aunque DOMÍNGUEZ PÉREZ, ob. cit., p. 1.528; FLORES DOÑA, ob. cit., p. 189; PETIT SEGURA, ob. cit., p. 86 afirman que lo que la Convención llama contrato de suministro, es en realidad un contrato de compraventa. En el mismo sentido, ILLESCAS ORTIZ y PERALES VISCASILLAS, ob. cit., p. 308, aunque no descartan otras formas contractuales de similares efectos jurídicos que los de la compraventa. Ver también CUMING, ob. cit., p. 53, quien expone que este contrato se regirá por el ordenamiento que determinen las normas de Derecho Internacional Privado.

⁴⁷⁰ Ver UNIDROIT, ob. cit. (*Draft convention...*), p. 37, donde se explica que las características mencionadas por la norma no son exhaustivas.

(a) el arrendatario especifica el equipo y elige el proveedor sin depender primordialmente⁴⁷¹ de la habilidad y juicio del arrendador;

(b) el equipo se adquiere por el arrendador en relación con un contrato de arrendamiento, que el proveedor sabe⁴⁷² que ha sido celebrado o está por celebrarse entre el arrendador y el arrendatario; y

(c) las rentas estipuladas en el contrato de arrendamiento se calculan tomando especialmente en cuenta la amortización del total o de una parte substancial del costo del equipo.⁴⁷³

3. La presente Convención se aplica independientemente de que el arrendatario tenga o no, o posteriormente adquiera, la opción de comprar el equipo o conservarlo en arrendamiento por un período posterior, e independientemente de que lo haga por un precio o por una renta nominales.

4. La presente Convención se aplica a las operaciones de arrendamiento financiero respecto de cualquier equipo, excepto el que vaya a ser utilizado primordialmente para fines personales, familiares o doméstico del arrendatario.”⁴⁷⁴

En base esta definición y a otras normas de la Convención se puede concluir que ésta regula sólo el leasing financiero⁴⁷⁵ (denominado *tripartito* por los autores de la

⁴⁷¹ La expresión “primordialmente” (*primarily*) tiene por finalidad destacar que la intervención de la empresa de leasing en la elección del equipo o del proveedor no deja la transacción fuera del ámbito de la Convención, ya que el efecto de dicha intervención será la reducción de la exoneración de responsabilidad de la empresa de leasing frente al usuario consagrada en el art. 8.1(a). En este sentido, UNIDROIT, ob. cit. (*Draft convention...*), p. 39; LEVY, David, *Financial leasing under the Unidroit convention and the Uniform Commercial Code: A comparative analysis*. En *Indiana International and Comparative Law Review*, vol. 5, N°2, 1995, p. 273.

⁴⁷² Según DOMÍNGUEZ PÉREZ, ob. cit., p. 1.529, la razón para exigir este conocimiento por parte del proveedor radica en que la entrega debe hacerse directamente al usuario, y en que el usuario queda facultado para ejercer acciones en contra del proveedor.

⁴⁷³ Ver CUMING, ob. cit., p. 48, quien destaca que la norma no requiere que la empresa de leasing recupere a través de las cuotas la totalidad del capital invertido, ya que en determinadas ocasiones puede recuperar parte de dicho capital mediante las cuotas y el resto mediante la venta al usuario o a un tercero al final de la operación.

⁴⁷⁴ La traducción al castellano ha sido extraída de la versión no oficial de la Convención disponible en <http://www.unidroit.org/leasing-convention-other/leasing-convention-spa> Consulta: 21 de enero de 2017. Salvo que se diga expresamente lo contrario, en adelante las traducciones que se citen lo serán de dicho texto.

⁴⁷⁵ Ver CUMING, ob. cit., p. 48-49, para quien el carácter financiero queda demostrado por los arts. 1.2(a), 1.2(c) y 8.1(a).

Convención, por lo que se excluye el leasing operativo⁴⁷⁶ y el *lease-back*⁴⁷⁷), *internacional*,⁴⁷⁸ *mobiliario* (excluye, por lo tanto, el leasing inmobiliario⁴⁷⁹), e *industrial* (se excluye, por tanto, el leasing de consumo, según se desprende del art. 1.4⁴⁸⁰). Se incluye en la regulación de la Convención el denominado *leveraged lease*⁴⁸¹ y el sub-leasing (art. 2).⁴⁸²

⁴⁷⁶ FLORES DOÑA, ob. cit., p. 181-182; PETIT SEGURA, ob. cit., p. 85; SÁNCHEZ CALERO, ob. cit., p. 19; UNIDROIT, ob. cit. (*Draft convention...*), p. 32, 33 y 35, donde se señala también la exclusión del *renting*.

⁴⁷⁷ UNIDROIT, ob. cit. (*Draft convention...*), p. 32; PETIT SEGURA, ob. cit., p. 85.

⁴⁷⁸ La razón para limitar el ámbito de aplicación sólo al leasing financiero internacional se halla en la ya referida renuencia manifestada por algunos Estados a los instrumentos internacionales cuyo efecto fuera influir en su legislación doméstica. En todo caso, los redactores de la Convención manifestaron su esperanza en que el texto sirviera de base para la regulación de leasing financiero doméstico en aquellos numerosos países que carecen de regulación específica al respecto. Ver al efecto UNIDROIT, ob. cit. (*Draft convention...*), p. 26. Ver también CUMING, ob. cit., p. 50, quien aclara que las partes pueden conseguir la aplicación de la Convención a través de la elección de ley aplicable en base al art. 3.1(b), en caso de que se reconozca dicha autonomía de las partes de acuerdo a las normas de Derecho Internacional Privado.

⁴⁷⁹ UNIDROIT, ob. cit. (*Draft convention...*), p. 33. Así se desprende también del Preámbulo, del art. 1.1(a) y del art. 4. En este último sentido, ILLESCAS ORTIZ y PERALES VISCASILLAS, ob. cit., p. 306; LEVY, ob. cit., p. 289. Vale la pena destacar que la traducción al español habla también de “instalaciones”, lo que podría dar a entender la aplicación de la Convención a inmuebles. Sin embargo, esta interpretación debe descartarse a la luz de las versiones oficiales en inglés (que habla de *plant, capital goods or other equipment*) y en francés (que habla de bien *d'équipement, du matériel ou de l'outillage*), que hacen referencia a bienes de naturaleza mueble.

El leasing inmobiliario fue excluido ya en el Informe de la Secretaría de marzo de 1975. Las razones para excluirlo fueron básicamente dos: la limitada incidencia de este tipo de contratación en el ámbito internacional y las enormes dificultades para uniformar principios de Derecho mobiliario e inmobiliario en un mismo texto. Al efecto, ver DOMÍNGUEZ PÉREZ, ob. cit., p. 1.522; FLORES DOÑA, ob. cit., p. 182; PETIT SEGURA, ob. cit., p. 85, quien afirma que, sin embargo, la mayoría de las normas básicas de la Convención podrían ser aplicadas a este tipo de leasing; UNIDROIT, ob. cit. (*Report...*), p. 3; UNIDROIT, ob. cit. (*Draft convention...*), p. 33.

⁴⁸⁰ La exclusión del leasing de consumo se planteó ya en el informe del grupo de trabajo en 1977. Las razones para excluirlo fueron las “diferentes filosofías” generalmente aplicadas a las transacciones con consumidores en los distintos ordenamientos, así como el carácter internacional del leasing objeto de la Convención, carácter del que carecen generalmente las operaciones de leasing de consumo. Ver UNIDROIT, ob. cit. (*Draft convention...*), p. 11 y 33.

Según DOMÍNGUEZ PÉREZ, ob. cit., p. 1.523, queda regulado por la Convención el contrato de leasing en que el bien tenga un uso mixto (industrial y doméstico), siempre que predomine el uso industrial. Se basa para ello en el empleo de la expresión “primordialmente” (*primarily* o *à titre principal*) que utiliza el art. 1.4. Sin embargo, según se explica en UNIDROIT, ob. cit. (*Draft convention...*), p. 33, la expresión “primordialmente” se incorporó por un motivo diferente: La norma del art. 1.4 tuvo como fuente el art. 2(a) CNUCCIM, pero se le incorporó la mencionada expresión porque, considerando que el criterio para distinguir una operación de consumo en la Convención no radica en la naturaleza del bien, sino en el uso que le dé el usuario, se quiso excluir la aplicación de la Convención a aquellos bienes ordinariamente destinados al uso doméstico, pero dados por el usuario al uso comercial o profesional.

18. 4.- Concepción de leasing financiero adoptada en la Convención.

No obstante que en el Preámbulo se proclama la existencia de una “relación triangular” en el leasing financiero,⁴⁸³ estimo que la Convención no adopta una concepción unitaria como la que se defiende en este trabajo (que supone el reconocimiento de una relación contractual entre usuario y proveedor).⁴⁸⁴

En efecto, según se desprende del Informe Explicativo del proyecto de Convención preparado por la Secretaría de Unidroit en octubre de 1987, la referencia al leasing “tripartito” no tiene otra relevancia que la de distinguir esta figura del leasing operativo,

⁴⁸¹ Según CUMING, ob. cit., p. 46 y FLORES DOÑA, ob. cit., p. 203, este tipo de leasing está regulado en el art. 14.

⁴⁸² UNIDROIT, ob. cit. (*Draft convention...*), p. 34.

⁴⁸³ En el Preámbulo de la Convención se dice que “CONSCIENTES del hecho que las reglas jurídicas que regulan los contratos tradicionales de arrendamiento necesitan ser adaptadas a la diferente relación triangular que se crea en el caso de la operación del arrendamiento financiero internacional...” (el subrayado es mío).

⁴⁸⁴ En contra, SCHERMI, ob. cit., p. 728-730 estima que en base a las disposiciones de la Convención puede llegarse a la conclusión de la existencia de un solo contrato entre las tres partes. Según dicho autor, en el proceso de formación del contrato participan los tres sujetos: Hay una relación directa entre usuario y empresa de leasing (contrato de leasing), una relación directa entre proveedor y empresa de leasing (contrato de compraventa), pero también existe una participación del usuario en el contrato de compraventa, participación que se concreta tanto en su proceso de formación como en la fase de ejecución. En lo que respecta al proceso de formación, de acuerdo al art. 1.1(a), el usuario participa en la formación del contrato de compraventa en cuanto dicho contrato debe celebrarse en base a la elección de proveedor y del bien que ha hecho el usuario, que resulta vinculante para la empresa de leasing. Una vez que se celebra el contrato de compraventa, el art. 1.2(b) dispone que dicho contrato es celebrado “en relación” (*in connection*) con el contrato de leasing, conexión que pone en relación a las tres partes, según se desprende del art. 10 (acción directa del usuario contra el proveedor sobre la base del contenido del contrato de compraventa) y del art. 12 (donde existe una verdadera “transfusión” de contenido del contrato de compraventa hacia el contrato de leasing, especialmente en virtud de lo dispuesto en el art. 12.2). De esta forma, existe una parcial comunión de elementos estructurales entre ambos contratos, formándose un tipo contractual unitario en base a una sola causa compleja, a cuya formación concurren las tres partes y fruto del cual resultan los tres simultáneamente obligados. En similar sentido, GORGONI, ob. cit. (*Ancora...*), p. 1.369, Nota N° 31, entiende que al predisponer la Convención los medios de tutela del usuario consagrados en los arts. 10 y 12, está introduciendo disposiciones que permiten suponer la construcción del leasing en términos jurídicamente unitarios. Por último, PURCARO, Dario, *I problemi di struttura del leasing*. En Rivista Italiana del leasing e dell'intermediazione finanziaria, 1987, N° 3, p. 558 advierte una ambigua recepción de la tesis unitaria en el art. 1 del proyecto en relación con el cual efectúa su comentario (pero que no tiene grandes diferencias respecto del art. 1 definitivo, en lo que concierne al comentario del autor), ya que trata a los tres intervinientes como “partes”.

denominado “bipartito”.⁴⁸⁵ Por otra parte, los redactores estimaron que no existe un nexo contractual entre usuario y proveedor,⁴⁸⁶ considerando la operación como compuesta por dos contratos vinculados.⁴⁸⁷ Dicha vinculación se desprende de varias normas, como el art. 1.1(a),⁴⁸⁸ el art. 1.2(b)⁴⁸⁹, el art. 12.1(b)⁴⁹⁰ y el art. 12.1(a).⁴⁹¹

⁴⁸⁵ UNIDROIT, ob. cit. (*Draft convention...*), p. 25-26. En algunos pasajes se habla también del carácter *sui generis* de la operación (ver, por ejemplo, p. 10 y 14), término que tampoco implica la inclinación hacia una determinada tesis acerca de su naturaleza, ya que esta denominación no tuvo otra finalidad que la de evitar la caracterización del leasing financiero en función de un determinado sistema legal, y afrontar las denominaciones inadecuadas utilizadas en algunos ordenamientos. En este sentido, CUMING, ob. cit., p. 46.

⁴⁸⁶ Ver UNIDROIT, ob. cit. (*Draft convention...*), p. 25-26, donde, a propósito de la exclusión del leasing operativo del ámbito de la Convención, se dice que “una de las principales razones para enfocarse en el leasing financiero fue precisamente tratar los especiales problemas de carácter legal que surgen de la compleja y tripartita naturaleza del leasing financiero, en particular la ausencia de nexo contractual entre proveedor y arrendatario, problemas que no aparecen en la operación típica de leasing bipartito”. Ver también p. 62, donde a propósito de la acción directa del art. 10.1 (art. 9.1 del proyecto) se dice que “a menos que alguna forma de contrato pueda deducirse de las circunstancias de las negociaciones entre arrendatario y proveedor, no hay nexo contractual entre estas dos partes” (traducción libre; los subrayados son míos). En el mismo sentido, LEVY, ob. cit., p. 286.

⁴⁸⁷ Ver UNIDROIT, ob. cit. (*Draft convention...*), p. 34, donde se expresa que “la primera característica del leasing financiero atípico al que se refiere el artículo 1 es que se trata de una compleja, básicamente tripartita, transacción que comprende dos contratos, un contrato de suministro entre el proveedor y el arrendador, y un contrato de leasing entre este mismo arrendador y el arrendatario. Uno de los objetivos principales de los autores del proyecto de Convención ha sido desde el principio establecer que el tipo de leasing abordado en ella no debería ser tratado como dos contratos separados, sino más bien como una única y compleja transacción que provoca la interacción de dos contratos mutuamente interdependientes. La conexión objetiva entre los dos contratos que constituyen esta operación se revela en la norma del proyecto (art. 1(1)(a)) que señala que el contrato de suministro se concluye en los términos aprobados por el arrendatario. El tratamiento previo de esta transacción como dos contratos distintos ha probado ser la fuente de enorme distorsión de la realidad económica que subyace a la intención de las partes” (traducción propia; el subrayado es mío). En el mismo sentido de considerar la configuración del leasing financiero en el art. 1.1 como una operación financiera compuesta por dos contratos jurídicamente independientes, aunque conexos, CLARIZIA, ob. cit., (*La locazione...*), p. 267; DOMÍNGUEZ PÉREZ, ob. cit., p. 1.524 y 1.427; FLORES DOÑA, ob. cit., p. 187-189; LEVY, ob. cit., p. 272. Por su parte, LÓPEZ FRÍAS, ob. cit. (*Los contratos conexos...*), p. 109, Nota N° 111 concuerda en la estructura bipartita de la operación en la Convención, sin hablar específicamente de contratos conexos.

⁴⁸⁸ Según se expone en UNIDROIT, ob. cit. (*Draft convention...*), p. 34, la conexión entre ambos contratos se deriva de que según dicha norma el contrato de suministro (compraventa) se concluye en base a los términos aprobados por el usuario.

⁴⁸⁹ Dicha norma, al igual que la sección 2A-103(1)(g)(ii), utiliza la expresión “*in connection with*” para describir la relación entre el contrato de suministro y el de leasing.

⁴⁹⁰ Esta norma obliga a la empresa de leasing a entregar un equipo conforme al *contrato de suministro* (y no al contrato de leasing, como debía haber sido si no existiese ningún vínculo entre ambos contratos).

Sin embargo, como no se pueden soslayar las innegables relaciones que se dan entre usuario y proveedor (derivadas principalmente de los tratos relativos a las especificaciones técnicas del bien, su entrega y otros aspectos del contrato de compraventa que se pactan directamente entre ambos), los redactores de la Convención observaron la existencia de una relación “cuasi-contractual” entre ellos,⁴⁹² que justificó el reconocimiento de la acción directa del usuario contra el proveedor (art. 10.1)⁴⁹³ en calidad de “tercero beneficiario” de las obligaciones que el proveedor asume en el contrato de compraventa,⁴⁹⁴ para luego concluir que el único vínculo legal entre el usuario y el proveedor es la empresa de leasing, que es el contratante común de ambos.⁴⁹⁵

19.- LEY MODELO UNIDROIT DE LEASING (LMUL).

19. 1.- Aspectos generales de la ley modelo.

En abril de 2005 el Consejo de Unidroit encargó a la Secretaría de dicho organismo la preparación de una ley modelo de leasing, con especial énfasis en que constituyera un texto provechoso para países en desarrollo y economías en transición.⁴⁹⁶ El trabajo, que contó con el apoyo de instituciones como el Banco Mundial, la *International Finance*

⁴⁹¹ Esta norma faculta al usuario para rechazar el bien cuando éste no es conforme con el contrato *de suministro* (y con al contrato de leasing, como debía haber sido si no existiese ningún vínculo entre ambos contratos).

⁴⁹² Ver UNIDROIT, ob. cit. (*Draft convention...*), p. 35, donde se expresa que “el arrendatario y el proveedor no son en ningún supuesto co-contratantes, pero son esencialmente responsables de sus tratos mutuos para la selección, con vista al subsecuente uso, de un determinado equipo (...). Es esta relación cuasi-contractual entre el arrendatario y el proveedor...” (traducción propia).

No hay antecedentes para determinar si la noción de “relación cuasi-contractual” a que se refiere la Secretaría de Unidroit es equivalente a la noción de cuasi contrato que se maneja en el ámbito del Derecho europeo-continental. Sin embargo, del texto citado parece más bien que se dio a esa expresión un sentido genérico.

⁴⁹³ *Ibidem*.

⁴⁹⁴ CUMING, ob. cit., p. 54; UNIDROIT, ob. cit. (*Draft convention...*), p. 38.

⁴⁹⁵ UNIDROIT, ob. cit. (*Draft convention...*), p. 35 y 62.

⁴⁹⁶ STANFORD, Martin, *The Unidroit Model Law on Leasing*. En *Uniform Law Review*, UNIDROIT, N° 2012-1/2, p. 394; UNIDROIT, *Background to the preparation of the UNIDROIT model law on leasing*. Disponible en <http://www.unidroit.org/english/modellaws/2008leasing/background-modellaw.pdf> Consulta: 21 de enero de 2017, p. 1-3. Ver también el preámbulo de la ley. Según exponen KRONKE, ob. cit., p. 331 y STANFORD, ob. cit. (*The UNIDROIT model law...*), p. 400, la ley modelo ha sido adoptada (o estaba en su momento en fase de estudio) por parte de Afganistán, Jordania, Latvia, Palestina, Tanzania y Yemen.

Corporation (I.F.C.) y la *European Equipment Leasing and Finance Association* (Euroleasing),⁴⁹⁷ entre otras, desembocó en el texto definitivo de la ley modelo, aprobado el 13 de mayo de 2008 en sesión conjunta de la Asamblea General de UNIDROIT y el Comité de Expertos Gubernamentales.⁴⁹⁸

La función de una ley de estas características es crear un marco legal de regulación que confiera suficiente certeza y que propenda a evitar la litigiosidad proveniente de la pura regulación contractual, así como atraer capitales al Estado que la adopte.⁴⁹⁹ En este sentido se han destacado como ventajas de la ley su simplicidad (tanto en estructura como en lenguaje) y su flexibilidad, ya que permite ser adaptada al respectivo ordenamiento doméstico por parte países de distinta tradición jurídica, resultando apropiada para transacciones grandes y modestas.⁵⁰⁰

La ley modelo se inspiró en los principios de la Convención de Ottawa, aunque no resultó restringida por ella.⁵⁰¹ De hecho, cubre un mayor rango de transacciones de leasing que la Convención, ya que se extiende al leasing nacional e internacional,⁵⁰² financiero y operativo,⁵⁰³ mobiliario e inmobiliario.⁵⁰⁴ Tiene, eso sí, algunas limitaciones, ya que no se

⁴⁹⁷ STANFORD, Martin, *UNIDROIT's preparation of a model law on leasing: the crossing of new frontiers in the making of uniform law*. En *Uniform Law Review*, UNIDROIT, N° 2009-2, p. 394.

⁴⁹⁸ UNIDROIT, ob. cit. (*Official commentary*), p. 1-4.

⁴⁹⁹ BACKOVIC, Nikola, *Adopting and adapting the Uidroit Model Law on Leasing*. En *Uniform Law Review*, UNIDROIT, N° 2010-3/4, p. 861; DEKOVEN, Ronald, *The conceptual approach followed by the UNIDROIT model law on leasing*. En *Uniform Law Review*, UNIDROIT, N° 2009-2, p. 625-627, que pone interesantes ejemplos de países emergentes que luego de poner en vigor leyes de leasing aumentaron el nivel de transacciones de este tipo, impulsando de manera notable su economía; HAUCK, Brian, *The Scope of the UNIDROIT Model Law on Leasing*. En *Uniform Law Review*, UNIDROIT, N° 2009-3, p. 631; KRONKE, ob. cit., p. 331; SULTANOV, ob. cit., p. 638

⁵⁰⁰ DEKOVEN, ob. cit., págs. 628 y 629; STANFORD, ob. cit. (*The UNIDROIT model law...*), p. 395.

⁵⁰¹ DEKOVEN, ob. cit., p. 628; KRONKE, ob. cit., p. 331.

⁵⁰² Ello se desprende de lo dispuesto en el art. 1. Ver HAUCK, ob. cit., p. 634-635.

⁵⁰³ Ver STANFORD, ob. cit. (*UNIDROIT's preparation...*), p. 592, para quien esto obedece a la necesidad de evitar canalizar el desarrollo de la industria hacia una categoría particular de transacciones, a pesar de que se reconoce que el leasing financiero es el principal motor de desarrollo en este ámbito.

⁵⁰⁴ Ello se desprende de la definición de "activo" del art. 2. Ver HAUCK, ob. cit., p. 634.

aplica al leasing de consumo,⁵⁰⁵ al lease-back⁵⁰⁶ ni en general a los contratos de leasing que funcionen como derechos reales de garantía.⁵⁰⁷ Asimismo, debe aclararse que la ley modelo se refiere sólo a los aspectos sustantivos del leasing,⁵⁰⁸ excluyendo, por tanto, los aspectos fiscales y contables, según se desprende del preámbulo.

Por último, en cuanto a la técnica que utiliza la ley modelo, cabe destacar que distingue en cada materia el leasing financiero de cualquier otra operación de leasing que no sea financiera,⁵⁰⁹ teniendo sus normas, por regla general, carácter dispositivo (art. 5).⁵¹⁰

⁵⁰⁵ Ello también se desprende de la definición de “activo” del art. 2. Ver al efecto CLARIZIA, ob. cit. (*Model law...*), p. 970-971; HAUCK, ob. cit., p. 632, quien señala que la exclusión implica, por una parte, enfocar la regulación en las transacciones que son más críticas en el desarrollo económico y, por otra, que la ley modelo carece de normas protectoras propias de la legislación de consumidores; STANFORD, ob. cit. (*The UNIDROIT model law...*), p. 395, quien justifica la exclusión en el carácter especialmente sensible de esta área del Derecho en los ordenamientos internos. Ver también UNIDROIT, ob. cit. (*Official commentary*), N° 15, donde se aclara que en caso de uso mixto (con fines comerciales y personales), debe atenderse al uso primordial que se dé al bien.

⁵⁰⁶ Ello se desprende de lo dispuesto en el art. 3.1. Ver BEY, ob. cit., p. 613.

⁵⁰⁷ Ello consta expresamente en el art. 3.1. Ver HAUCK, ob. cit., p. 632, quien señala que la distinción es funcional (no formal), en el sentido de que la exclusión se hace para aquellas operaciones que en los hechos funcionen como garantía, independientemente de la calificación hecha por las partes, caso en que deberá aplicarse la legislación doméstica que rija los derechos de garantía, particularmente en los países que hayan adoptado la legislación basada en los instrumentos de UNCITRAL, de manera que las distintas regulaciones operen de manera armoniosa; KRONKE, ob. cit., p. 331, para quien esta noma excluye los potenciales conflictos entre la ley modelo y la Convención de Ciudad del Cabo sobre garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil y sus protocolos, documentos también elaborados por Unidroit; STANFORD, ob. cit. (*The UNIDROIT model law...*), p. 396.

⁵⁰⁸ Ver HAUCK, ob. cit., p. 631, quien señala que si bien en la discusión de la ley modelo se plantearon posturas a favor de una regulación global, hubo finalmente consenso en que las cuestiones tributarias, contables y regulatorias sólo pueden ser tratadas después de una definición de los aspectos sustantivos, sin perjuicio de que tales aspectos varían de Estado en Estado. Ver también KRONKE, ob. cit., p. 331, quien manifiesta que la ley modelo no contiene regulaciones de Derecho contractual general, a cuyo respecto el intérprete debe ser dirigido a los Principios Unidroit sobre contratos comerciales internacionales, o a la legislación doméstica respectiva.

⁵⁰⁹ Ver HAUCK, ob. cit., p. 634, quien manifiesta que durante la discusión de la ley modelo se propuso crear otras categorías de leasing que reflejaran la realidad mercantil, idea que fue rechazada por considerar que la libertad contractual reconocida en el art. 5 hace innecesaria la creación de dichas otras categorías, que pueden ser creadas por las partes y quedar reguladas por el texto si caben dentro de alguna de los dos tipos de leasing reconocidos en la ley modelo.

⁵¹⁰ BACKOVIC, ob. cit., p. 863 se manifiesta en contra de esta característica de cara a la adopción de la ley modelo.

19. 2.- Definición de leasing financiero.

La ley modelo define en leasing financiero en el art. 2 como *“un leasing donde, se otorgue o no opción de compra,⁵¹¹ incluye las siguientes características:*

El arrendatario o tomador especifica el activo y elige al proveedor;⁵¹²

El arrendador o dador adquiere el activo o el derecho a la posesión y uso del activo vinculado a un leasing y el proveedor tiene conocimiento de tal circunstancia;⁵¹³ y

Las rentas u otras sumas pagaderas en virtud del contrato de leasing tienen en cuenta la amortización de todo o parte sustancial de la inversión del arrendador o dador.”⁵¹⁴

Puede advertirse que la norma transcrita concibe el leasing financiero como una especie de “leasing”, que aparece definido en el mismo art.2, como *“la operación en virtud de la cual una persona confiere el derecho a la posesión en nombre ajeno o mera tenencia y uso de un activo a otra persona por un período determinado a cambio del pago de rentas. A menos que el contexto indique lo contrario, este término incluye todos los sub-leasing.”⁵¹⁵*

19. 3.- Concepción de leasing financiero adoptada en la ley modelo.

En el comentario oficial de la ley modelo se observa un criterio más flexible que en los dos textos analizados con anterioridad. En efecto, al comentar el art. 7 se deja expresa constancia que el leasing financiero puede constituir una “relación contractual tripartita”, o bien estar conformada por dos contratos independientes, señalándose como una

⁵¹¹ Ver HAUCK, ob. cit., p. 633 y STANFORD, ob. cit. (*The UNIDROIT model law...*), p. 397, para quienes esta es otra muestra más de la flexibilidad y amplitud del concepto de leasing financiero que contempla la ley modelo, ya que la opción de compra es considerada en muchos ordenamientos como elemento esencial de la operación.

⁵¹² Según expone STANFORD, ob. cit. (*The UNIDROIT model law...*), p. 396-397, éste es el fundamento de la exoneración de la empresa de leasing consagrada en el art. 9.

⁵¹³ Según STANFORD, *Ibidem*, esta característica es la que justifica la legitimación del usuario frente al proveedor, y no frente a la empresa de leasing.

⁵¹⁴ Ver HAUCK, ob. cit., p. 633 y STANFORD, ob. cit. (*The UNIDROIT model law...*), p. 397, para quienes esta es otra muestra más de la flexibilidad y amplitud de la ley modelo, ya que concibe como no esencial este elemento (tradicionalmente calificado como esencial), abriendo así la posibilidad de ser aplicada a operaciones de corto plazo, que no contemplan la amortización total o de parte sustancial de la inversión de la empresa de leasing.

⁵¹⁵ Las traducciones al castellano han sido extraídas de la versión no oficial de la ley modelo disponible en <http://www.unidroit.org/leasing-model-lwa-other/arabic-model-law-leasing-esp-2> Consulta: 21 de enero de 2017. Salvo que se diga expresamente lo contrario, en adelante las traducciones que se citen lo serán de dicho texto.

diferencia entre ambos supuestos la existencia de una acción directa del usuario contra el proveedor en el primer caso, que no existe en el segundo, donde opera el principio de efecto relativo del contrato. Sin perjuicio de ello, los redactores parecen haberse inclinado por la segunda alternativa (contratos independientes),⁵¹⁶ ya que, por una parte, se señala que la acción directa del usuario contra el proveedor prevista en el art. 7.1 constituye una excepción al efecto relativo de los contratos (lo que implica entender que no hay una relación jurídica entre usuario y proveedor, situación que viene a sufrir excepción con esta acción de carácter legal) y, por otra parte, se aclara que dicha acción directa no hace al usuario parte del contrato de compraventa ni sustituye a la empresa de leasing como parte en él, por lo que aquel no puede acordar con el proveedor su modificación, terminación o rescisión.⁵¹⁷ La anterior conclusión resulta conformada porque en el comentario a la definición de leasing financiero se describe la operación diciendo que el contrato de leasing es independiente del de suministro⁵¹⁸

No obstante, la ley modelo opera sobre la base de que las obligaciones del proveedor se cumplen a favor del usuario⁵¹⁹ (no a favor de la empresa de leasing quien, a su vez, las cumpliría a favor del usuario), a quien se otorgan remedios para dirigirse contra el proveedor, y no contra la empresa de leasing. Reflejo de tal aserto son las normas de los arts. 7, 9, 11, 12, 13, 14 y 17, que explicitan la diferencia entre leasing financiero (donde se da la situación expuesta) y las demás clases de leasing (donde el usuario tiene remedios frente a la empresa de leasing).

⁵¹⁶ Sin perjuicio de ello, BEY, ob. cit., p. 611 destaca que en la definición de leasing financiero del art. 2 LMUL se consagra un vínculo de causalidad entre el contrato de compraventa y el de leasing financiero propiamente dicho.

⁵¹⁷ Ver art. 7.5 y su comentario oficial en UNIDROIT, ob. cit. (*Official commentary*), N° 47. Como bien apunta BEY, ob. cit., p. 617, esta norma también tiene su fundamento en el principio de efecto relativo del contrato.

⁵¹⁸ *Ibidem*, N° 19 y 42. Ver también STANFORD, ob. cit. (*The UNIDROIT model law...*), p. 400.

⁵¹⁹ BACKOVIC, ob. cit., p. 863-864 y 865; BEY, ob. cit., p. 615-616; STANFORD, ob. cit. (*The UNIDROIT model law...*), p. 400; UNIDROIT, ob. cit. (*Official commentary*), N° 43.

20.- ANTEPROYECTO DE CÓDIGO MERCANTIL (ACM).

20. 1.- Aspectos generales del Anteproyecto.

Por medio de la Orden de 7 de noviembre de 2006, el Ministerio de Justicia encargó a la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación la elaboración de un nuevo Código Mercantil, fundamentando el encargo, por un lado, en la necesidad de asegurar la unidad de mercado que impone la Constitución y, por otro lado, en la necesidad de delimitar la legislación mercantil en aras de otorgar seguridad jurídica a los operadores económicos, contra la que atentaba la dispersión de dicha legislación mercantil y la inadecuación del Código de 1885 a la realidad del tráfico económico,⁵²⁰ fundamentos que se trasladaron a la Exposición de Motivos del ACM.⁵²¹

El trabajo de la Comisión culminó en 2013 con una propuesta de Código Mercantil, que luego de ser objeto de comentario por diversas instituciones durante el trámite de audiencia pública,⁵²² desembocó en el ACM aprobado por el Consejo de Ministros el 30 de mayo de 2014, texto que ha contado con observaciones, entre otros, de parte del Consejo Económico y Social,⁵²³ la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia,⁵²⁴ el Consejo General del Poder Judicial⁵²⁵ y el Consejo de Estado.⁵²⁶

⁵²⁰ MINISTERIO DE JUSTICIA, *Orden de 7 de noviembre de 2006, por la que se encarga a la Sección Segunda, de Derecho Mercantil, de la Comisión general de Codificación la elaboración de un nuevo Código Mercantil*. Disponible en

http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292427518990?blobheader=application%2Fpdf&blobheadertype=Content-Disposition&blobheadertype=Grupo&blobheadertype=attachment%3B+filename%3DOrden_de_7_de_noviembre_de_2006_por_la_que_se_encarga_a_la_seccion_segunda_de_Derecho_Mercantil_.PDF&blobheadertype=Docs_CGC_Propuestas Consulta: 22 de enero de 2017, p. 1; MINISTERIO DE JUSTICIA, ob. cit. (*Memoria...*), p. 1. Ver también GUIADO MORENO, Ángela, *Reflexiones sobre algunos aspectos relevantes del Anteproyecto de Código Mercantil*. En AA.VV., “Estudios sobre el futuro Código Mercantil. Libro de homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz”, María José Morillas, Pilar Perales Viscasillas y Leopoldo José Porfirio Carpio (dir.), Universidad Carlos III de Madrid, 2015, p. 184-188, quien desarrolla los fundamentos expuestos.

⁵²¹ Ver MINISTERIO DE JUSTICIA y MINISTERIO DE ECONOMÍA Y COMPETITIVIDAD, *Anteproyecto de ley del Código Mercantil*. Disponible en http://servicios.mpr.es/seacyp/search_def.asp.aspx?crypt=xh%8A%8Aw%98%85d%A2%B0%8DNs%90%8C%8An%87%99%7Fmjro%86og%A3%91 Consulta: 22 de enero de 2017, p. 14-15.

⁵²² Puede verse un resumen de las observaciones planteadas en CONSEJO DE ESTADO, ob. cit.

⁵²³ CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, *Dictamen 5/2014 sobre el Anteproyecto de ley del Código Mercantil, de 25 de junio de 2014*. Disponible en <http://www.ces.es/documents/10180/1339655/Dic052014.pdf> Consulta: 22 de enero de 2017, p. 12-17, que hace una valoración positiva en general del Anteproyecto, sin perjuicio de plantear algunas mejoras en puntos específicos.

El Anteproyecto se estructura en base a un Título Preliminar y siete Libros que totalizan 1.727 artículos, seis disposiciones adicionales, cinco disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y diez disposiciones finales.

El leasing financiero se encuentra regulado en el Capítulo VI del Título VII (De los contratos financieros) del Libro V (De los contratos mercantiles en particular), arts. 576-1 a 576-3,⁵²⁷ en cuya redacción se tuvo en cuenta tanto la normativa en actual vigor como los instrumentos Unidroit, en especial la ley modelo.⁵²⁸

20. 2.- Definición de leasing financiero.

El art. 576-1 del Anteproyecto contiene, más que una definición, una descripción de la operación de leasing financiero. Tanto así que el epígrafe del artículo se titula “noción”. Dice la norma:

“1. Por el contrato de arrendamiento financiero un empresario cede en arrendamiento a otro operador de mercado un activo definido previamente por éste para afectarlo a su actividad empresarial o profesional a cambio del abono de cuotas periódicas, y en condiciones

⁵²⁴ COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA, *Informe sobre el Anteproyecto de ley del Código Mercantil, de 17 de julio de 2014*. Disponible en https://www.cnmc.es/Portals/0/Ficheros/Promocion/Informes_sobre_normativa/2014/201408_I PN_DP_0010_14_CodigoMercantil%20.pdf Consulta: 22 de enero de 2017, p. 6-7, donde se plantean críticas tanto respecto de la regulación de la competencia en el ACM como a nivel general. En este último aspecto se critica lo discutible de la técnica codificadora en la actualidad, así como la “falta de justificación de la racionalidad jurídico-económica en la inclusión o exclusión de materias, o incluso de organización, sin que pueda predicarse unicidad de criterio al respecto”.

⁵²⁵ CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Informe al Anteproyecto de ley del Código Mercantil, de 30 de septiembre de 2014*. Disponible en <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/20141007%20Anteproyecto%20de%20Ley%20de%20C%C3%B3digo%20Mercantil%20015.14.pdf> Consulta: 22 de enero de 2017, p. 7, que plantea comentarios positivos en cuanto a las modificaciones introducidas y la técnica utilizada, sin perjuicio de hacer observaciones en puntos específicos.

⁵²⁶ CONSEJO DE ESTADO, ob. cit., con comentario positivo en cuanto a la técnica usada y la consecución de los objetivos planteados en el Anteproyecto, pero planteando agudas críticas en varios puntos específicos.

⁵²⁷ Dichas normas regulan solamente el leasing financiero, ya que los redactores estimaron innecesario regular el leasing operativo. Ver al efecto MINISTERIO DE JUSTICIA, ob. cit. (*Memoria...*), p. 47. Ver también CONSEJO DE ESTADO, ob. cit., donde se critica la regulación del leasing financiero en el ACM, por considerarla insuficiente.

⁵²⁸ MINISTERIO DE JUSTICIA, ob. cit. (*Memoria...*), p. 47.

económicas que supongan transferir al arrendatario sustancialmente todos los riesgos y beneficios inherentes a la propiedad del activo, que el arrendador ha adquirido de un proveedor designado o aprobado por el arrendatario ó del propio arrendatario.

2. Los contratos de arrendamiento financiero podrán incorporar un derecho de opción de compra ejercitable al finalizar el contrato. Si se incorpora este derecho, deberá contener unas condiciones de ejercicio tan favorables para el arrendatario que pueda presumirse que lo ejercerá, en cuyo supuesto se considerará que existe transferencia sustancial de los riesgos y beneficios inherentes a la propiedad del activo.”

Dicha noción de leasing financiero contiene diferencias importantes con la actual definición contenida en la disposición adicional tercera de la ley 10/2014, que a su vez proviene de la disposición adicional séptima de la ley 26/1988.⁵²⁹ Así, en primer lugar, cabe destacar el reconocimiento explícito que hace la norma a las condiciones económicas que en la práctica se observan, las que suponen “transferir al arrendatario sustancialmente todos los riesgos y beneficios inherentes a la propiedad del activo”. En segundo lugar, se contempla expresamente la operación de *lease-back*, reconocimiento que si bien es positivo (por su gran aplicación práctica) resulta criticable por la forma en que se hace, ya que da a entender que el *lease-back* es una especie de leasing financiero, opinión con la que no concuerdo por las razones que se expusieron en su momento.⁵³⁰ En tercer lugar, y este es el punto más controvertido de la norma, se elimina el carácter esencial de la opción de compra, otorgándole carácter facultativo, aspecto que ha sido objeto de crítica por implicar un alejamiento del concepto tradicional del arrendamiento financiero, en el que la opción de compra constituye un requisito esencial.⁵³¹

⁵²⁹ Ver CONSEJO DE ESTADO, ob. cit., donde se critica la noción de leasing financiero dada en el art. 576-1 por considerar que puede entrar en contradicción con la contenida en la disposición adicional séptima de la ley 26/1988, que el ACM no deroga. La crítica mantiene hoy su vigencia, sólo que debe entenderse referida no a la antedicha disposición adicional séptima, sino a la disposición adicional tercera de la ley 10/2014, que derogó la ley 26/1988 pero mantuvo la definición de leasing financiero.

⁵³⁰ Ver *supra* N° 2.1.

⁵³¹ Ver *supra* N° 10.2.4.

20. 3.- Concepción de leasing financiero adoptado en el Anteproyecto.

La regulación del leasing financiero por parte del ACM mantiene la concepción bipartita tradicional. Ello se desprende de la redacción del art. 576-2.1, que legitima al usuario contra el proveedor “como si fuera parte” del contrato de adquisición del bien y el bien “tuviera que entregarse” directamente por parte del proveedor al usuario, lo que implica entender que el usuario no es parte del contrato de adquisición y que el bien no es entregado por el proveedor directamente al usuario en virtud de un mismo contrato celebrado entre las tres partes. Asimismo, la separación entre ambos contratos se aprecia en la segunda parte del art. 576-2.1, ya que concibe la posibilidad de que el contrato de adquisición no permita al usuario accionar contra el proveedor, caso en que el usuario carecerá, en principio, de acciones contra éste (por no existir relación contractual entre ambos) y se traslada la responsabilidad a quien sí mantiene un vínculo contractual con el usuario (la empresa de leasing), que puede optar por prestar su colaboración para que el usuario pueda exigir el cumplimiento al proveedor, o bien hacerse responsable directamente frente al usuario.

No obstante lo expuesto, creo que el ACM contiene algunos elementos destacables que van en la dirección de la concepción unitaria. Así, por ejemplo, reconoce el leasing financiero como una especie de contrato financiero,⁵³² lo que constituye el reconocimiento de una causa financiera, aunque el Anteproyecto no abandona completamente la causa de cambio, al decir el art. 576-1.1 que por medio del leasing financiero la empresa de leasing “cede en arrendamiento” el bien al usuario. Por otra parte, los arts. 576-1 (en sus dos párrafos) y 576-2 letra b) reconocen que es el usuario quien asume los riesgos y beneficios inherentes a la propiedad del bien, por lo que es él quien, en definitiva se comporta como comprador frente al proveedor. Por último, el art. 576-2.2 exige el *consentimiento* (no simple conocimiento) del usuario para modificar el contrato de adquisición, aunque la sanción por la falta de consentimiento del usuario sea hacer responsable a la empresa de leasing (con lo que se vuelve a la separación de la operación en dos contratos).

⁵³² El art. 571-1 define los contratos financieros (una de cuyas especies es el leasing financiero) como “*aquéllos por los que, teniendo por objeto una cantidad o suma de dinero de curso legal, en adelante suma monetaria, una o ambas partes conceden o facilitan a la otra directa o indirectamente financiación monetaria en la forma, plazo o términos que estipulen, a cambio de un precio*”.

SECCIÓN II

LA LEGITIMACIÓN DEL USUARIO CONTRA EL PROVEEDOR EN LA CONCEPCIÓN BIPARTITA.

21.- ASPECTOS GENERALES.

En aras de conservar una actuación estrictamente financiera, la empresa de leasing busca que los problemas relativos al bien sean resueltos directamente entre los verdaderamente interesados en este aspecto: el usuario (que requiere un correcto funcionamiento del bien en su proceso productivo) y el proveedor (que debe cumplir las obligaciones que le corresponden como vendedor del bien).

El problema más grave que se presenta al regular esta relación directa en el marco de la concepción bipartita es nuevamente el efecto relativo del contrato ya que, al concebir la operación como compuesta por dos contratos independientes (aunque se les considere conexos), debe encontrarse un cauce jurídico adecuado para que el usuario (que sólo es parte en el contrato de leasing) pueda acceder a los remedios de un contrato (el de compraventa) respecto del que es un tercero, y ejercitarlos contra el proveedor, con el que no está ligado por ningún vínculo contractual.

Las vías que se han creado para salvar el escollo de la relatividad contractual y hacer efectivo el objetivo de legitimar al usuario contra el proveedor son básicamente tres:

- A) En aquellos ordenamientos jurídicos que no regulan el leasing financiero, como el español, el objetivo planteado se consigue a través de dos cláusulas que se presentan de manera típica en los contratos de leasing: Una por medio de la que la empresa de leasing se exonera de las obligaciones que como cedente del uso del bien (arrendataria, en definitiva) le corresponderían frente al usuario (cláusula de exoneración); y otra cláusula por medio de la que dicha empresa subroga al usuario en su posición frente al proveedor, a fin de que sea el usuario quien ejerce los remedios derivados del contrato de compraventa en las mismas condiciones que podría hacerlo la empresa de leasing (cláusula de subrogación). En el punto 22 se analizarán dichas cláusulas en el marco del ordenamiento jurídico español.
- B) También en el ordenamiento español se ha intentado argumentar la existencia de una acción directa del usuario contra el proveedor (independiente a las cláusulas de exoneración y subrogación) que derivaría de la conexión existente

entre contrato de compraventa y de leasing. Esta forma de legitimación será analizada en el punto 23.

- C) En los ordenamientos que sí regulan sustantivamente el leasing se suele establecer una acción directa de carácter legal del usuario contra el proveedor, variando las características y el contenido de dicha acción según el instrumento respectivo. En el punto 24 se estudiarán las acciones directas legales consagradas en el UCC, la CUAFI, la LMUL y el ACM.

En esta sección se pretende demostrar que la cláusula de subrogación no cumple con el objetivo descrito al principio. En primer lugar, porque se estructura sobre la base de una técnica (la subrogación convencional) que está diseñada para un supuesto de hecho muy distinto al del leasing financiero, por lo que su regulación no encaja con éste. En segundo lugar, porque con ella no se consigue la amplísima legitimación del usuario contra el proveedor que se persigue en el leasing financiero.

Asimismo, se demostrará que la acción directa derivada de la conexión contractual tampoco sirve para alcanzar el objetivo planteado, principalmente por chocar de frente con el principio de relatividad contractual.

Por último, expondrá cómo los respectivos legisladores, a pesar de tener amplia libertad para establecer excepciones al principio de efecto relativo, no siempre llegan a resultados satisfactorios a través de las acciones directas legales.

22.- LAS CLÁUSULAS DE EXONERACIÓN Y SUBROGACIÓN.

22. 1.- La cláusula de exoneración.

22. 1. 1.- Contenido y justificación.

A pesar de la importancia que esta cláusula reviste para las empresas de leasing,⁵³³ la redacción predispuesta por dichas entidades suele ser muy escueta. Así, por ejemplo, en la condición general N° 2 del modelo de contrato de arrendamiento financiero de AELR

⁵³³ A modo de ejemplo se puede mencionar que para autores como CABANILLAS SÁNCHEZ, ob. cit. (*La naturaleza...*), p. 63 y SANTOS SÁNCHEZ, ob. cit., p. 480, la relación jurídica entre usuario y proveedor surge únicamente en virtud de las cláusulas de exoneración/subrogación. En el mismo sentido, GARCÍA SOLÉ, ob. cit. (*La subrogación...*), p. 1.069 señala que el usuario no puede dirigirse directamente contra el proveedor, ya que entre ellos no han contratado, debiendo hacerlo a través del mecanismo de la subrogación (que, como se verá, constituye una sola estipulación con la cláusula de exoneración). De ello se deduce que si la empresa de leasing quiere que el usuario quede correctamente legitimado contra el proveedor (para observar ella una actuación estrictamente financiera), resulta crucial la correcta redacción de estas cláusulas.

esta cláusula se recoge en los siguientes términos: *“el arrendador financiero no asume ninguna responsabilidad respecto de la entrega material de los bienes al arrendatario financiero por el proveedor, ni responde de la idoneidad, el funcionamiento o el rendimiento de dichos bienes objeto del contrato”*, mientras que en el modelo de contrato de Toyota Financial Services se lee que el usuario *“libera expresamente al Arrendador Financiero de cualquier responsabilidad relacionada con las condiciones, funcionamiento e idoneidad de los bienes objeto del Arrendamiento Financiero”*. Del mismo modo, en el Fundamento de Derecho Tercero de la STS de 3 de febrero de 2000 (RJ 2000/621) se transcribe una cláusula que exonera a la empresa de leasing de *“toda responsabilidad por las condiciones, funcionamiento e idoneidad de los bienes”* y en el Fundamento de Derecho Primero de la STSJ de Navarra de 22 de mayo de 1992 (RJ 1992/6198) se transcribe una cláusula donde se declara que la empresa de leasing *“no responde en ningún caso de la idoneidad del material contratado, ni garantiza de ningún modo el buen funcionamiento y rendimiento del mismo”*. Algo más detallada es la fórmula empleada en el modelo de contrato de leasing financiero del Banco Santander, donde se declara que el usuario *“declara indemne al Arrendador Financiero de toda responsabilidad por causa de la idoneidad, rendimiento, diseño, calidad, durabilidad, posibles vicios de fabricación o funcionamiento y resultados de los Bienes. Asimismo, el Usuario declara indemne al Arrendador Financiero en relación a la entrega de los Bienes ya que se efectúa directamente por el/los Proveedor/es al Usuario, según lo acordado previamente por éstos”*.⁵³⁴

La justificación mayoritariamente invocada para justificar la inclusión de una cláusula de estas características radica en el carácter financiero de la actuación de la empresa de leasing, en cuya virtud no le interesa tener mayor intervención en los problemas relativos al bien.⁵³⁵ A lo anterior se suele agregar como justificación que es el

⁵³⁴ Se pueden ver cláusulas de exoneración redactadas en términos muy similares a las transcritas en CAPIELLO, ob. cit., p. 650; DE LA CUESTA RUTE, ob. cit. (*Reflexiones...*), p. 580; MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, ob. cit., p. 225; SAP de Madrid de 26 de junio de 2007 (AC 2007/1894); SAP de Girona de 11 de julio de 2000 (JUR 2000/295221); STS de 26 de febrero de 1996 (RJ 1996/1264); STS de 26 de junio de 1989 (RJ 1989/4786); SAT de Valencia de 2 de diciembre de 1986 (RAJ 1986/7157). Ver también un análisis comparativo de las cláusulas de exoneración utilizadas en la práctica en FRADEJAS RUEDA, ob. cit., p. 246-248 y GUTIÉRREZ GILSANZ, ob. cit., p. 44-49.

⁵³⁵ BEY, ob. cit., p. 615; BUITRAGO RUBIRA, ob. cit. (*El leasing mobiliario...*), p. 197; DE LA CUESTA RUTE, ob. cit. (*Reflexiones...*), p. 548 y 569-570; DÍAZ ECHEGARAY, ob. cit., p. 726; DI FORTUNATO, ob. cit., p. 20 y 21; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, ob. cit., p. 317; GARCÍA GARNICA, ob. cit. (*El régimen jurídico...*), p. 195-196; GARCÍA GARNICA, ob. cit., (*Comentario...*), p. 790-791; GARCÍA SOLÉ, ob. cit. (*La subrogación...*), p. 1.063; GARCÍA SOLÉ, ob. cit. (*Leasing. Acción directa...*), p. 538; GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*Leasing financiero mobiliario...*), p. 182; GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*Una vez más...*), p. 2.171; GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*En*

usuario quien elige tanto el bien como el proveedor, por lo que resulta apropiado que la empresa de leasing descargue en el usuario el riesgo de la mala elección (frecuentemente denominada *culpa in eligendo*), y con ello la responsabilidad de reclamar directamente contra del proveedor elegido por aquel,⁵³⁶ argumento que suele contenerse en los formularios de contrato de leasing financiero.⁵³⁷

En relación con esta última justificación, cabe observar que nada obsta a que la empresa de leasing preste asistencia técnica o intervenga en la elección del bien, casos en

torno...), p. 1.776-1.777; GROSS, ob. cit., p. 141-142; GUTIÉRREZ GILSANZ, ob. cit., p. 69-70 y 82; MARÍN LÓPEZ, ob. cit. (*Comentario a la STS de 26 de febrero de 1996*), p. 769; MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, ob. cit., p. 224 y 227; PARRA LUCÁN, ob. cit. (*El leasing...*), p. XL; REAL PÉREZ, ob. cit. (*El incumplimiento...*), p. 415; RODRÍGUEZ-ROVIRA, ob. cit., p. 1.177; ROJO AJURIA, ob. cit. (*La responsabilidad...*), p. 2.031-2.032, quien justifica la exoneración siempre que se trate de financiación al usuario, y no de financiación al proveedor; SULTANOV, ob. cit., p. 645, que incluso menciona los límites de la responsabilidad de la empresa de leasing como una de las claves de una buena regulación de la figura; VARA DE PAZ, ob. cit., p. 198; WANG, ob. cit., p. 133. En cuanto a la jurisprudencia, varias sentencias avalan este argumento. Ver, entre otras, SAP de Salamanca de 14 de febrero de 1995 (AC 1995/296); SAP de Santa Cruz de Tenerife de 26 de septiembre de 1992; STSJ de Navarra de 22 de mayo de 1992 (RJ 1992/6198); SAT Valencia de 2 de diciembre de 1986 (RAJ 1986/7157), en cuyo Fundamento de Derecho Noveno se señala que la función económica del contrato es de financiamiento de bienes de equipo que están fuera de la capacidad de compra del usuario, pero no de asesoramiento técnico ni de control de calidad del bien; SCCI de 17 de mayo de 1991 (5571) En contra de la opinión mayoritariamente expuesta, cuestiona este fundamento CABANILLAS SÁNCHEZ, ob. cit. (*La configuración...*), p. 1.001-1.002 y 1.018.

⁵³⁶ BUITRAGO RUBIRA, ob. cit. (*El leasing mobiliario...*), p. 197; CHAMORRO POSADA, ob. cit., p. 201; DÍAZ ECHEGARAY, ob. cit., p. 725-726; GARCÍA GARNICA, ob. cit. (*El régimen jurídico...*), p. 92 y 196; GARCÍA GARNICA, ob. cit., (*Comentario...*), p. 791; GARCÍA SOLÉ, ob. cit. (*La subrogación...*), p. 1.058; GARCÍA SOLÉ, ob. cit. (*Leasing. Acción directa...*), p. 538; GARCÍA SOLÉ, ob. cit. (*Leasing. Acción directa...*), p. 537; GONZÁLEZ VÁSQUEZ, ob. cit., p. 1.310; MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, ob. cit., p. 227-228; PARRA LUCÁN, ob. cit. (*El leasing...*), p. XL; RODRÍGUEZ-ROVIRA, ob. cit., p. 1.177; SANTOS SÁNCHEZ, ob. cit., p. 480. En cuanto a la jurisprudencia, varias sentencias avalan este argumento, entre ellas, SAP de Madrid de 26 de junio de 2007 (AC 2007/1894); STS de 3 de febrero de 2000 (RJ 2000/621); SAP de Toledo de 9 de enero de 1996 (AC 1996/136); SAP de Salamanca de 14 de febrero de 1995 (AC 1995/296); STSJ de Navarra de 22 de mayo de 1992 (RJ 1992/6198); SAT Valencia de 2 de diciembre de 1986 (RAJ 1986/7157).

⁵³⁷ Así, por ejemplo, en la condición general N° 2 del modelo de contrato de arrendamiento financiero de AELR se lee que “los bienes objeto de este contrato han sido adquiridos por el arrendador financiero (...) siguiendo las especificaciones y la elección efectuada por éste (el usuario), que ha determinado, bajo su exclusiva responsabilidad, la clase, marca, modelo, características técnicas y demás condiciones de dichos bienes, así como el proveedor de los mismos. Por ello, el arrendador financiero no asume ninguna responsabilidad...” (la aclaración entre paréntesis es mía), mientras que en el modelo del Banco Santander se dice que “dado que la elección de los bienes y de el/los proveedor/es de los mismos ha sido realizada por el Usuario, éste declara indemne al Arrendador...”, y en el modelo de Toyota Financial Services se lee que “el/los Arrendatario/s Financiero/s, que ha/n elegido los bienes objeto de este contrato, libera/n expresamente al Arrendador Financiero de cualquier responsabilidad...”. De ello se deja también constancia en el estudio de las cláusulas típicas del contrato de leasing financiero realizado por FRADEJAS RUEDA, ob. cit., p. 247 y GUTIÉRREZ GILSANZ, ob. cit., p. 46 y 80.

los que caería este fundamento de la exoneración, por lo que un sector de la doctrina ha propugnado la responsabilidad de la empresa de leasing.⁵³⁸ Lo mismo sucedería en los casos en que proveedor y empresa de leasing estén vinculados, sea porque forman parte de un mismo grupo económico,⁵³⁹ porque tienen alguna relación jurídica previa⁵⁴⁰ o por otra circunstancia análoga, ya que la falta de independencia entre los intervinientes mencionados haría caer el comentado fundamento de la exoneración (que el usuario es quien elige el proveedor), lo que podría transformar la operación en una financiación al proveedor más que al usuario,⁵⁴¹ circunstancias que harían difícil justificar que la empresa de leasing pueda desentenderse de la ejecución del contrato de compraventa.⁵⁴² Esta posición no ha tenido, sin embargo, apoyo en el Tribunal Supremo, que ha resuelto los supuestos de empresas vinculadas con independencia de este factor.⁵⁴³

22. 1. 2.- Calificación.

La casi totalidad de la doctrina y la jurisprudencia españolas califica esta cláusula como “exoneración de responsabilidad” de la empresa de leasing.⁵⁴⁴ Sin embargo, un

⁵³⁸ GONZÁLEZ VÁSQUEZ, ob. cit., p. 1.311; MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, ob. cit., p. 228, Nota N° 39; SANTOS SÁNCHEZ, ob. cit., p. 478.

⁵³⁹ Ello sucedería, por ejemplo, cuando la empresa de leasing es creada por el proveedor para financiar sus ventas.

⁵⁴⁰ Ello sucedería, por ejemplo, en el denominado *leasing convenzionato* o leasing a través de vendedor, al que se hizo referencia *supra* N° 2.7.

⁵⁴¹ En una postura más radical, CHINDEMI, ob. cit. (*Trilateralità...*), p. 185-186, estima que en este caso no se trataría de un leasing financiero, sino de leasing operativo.

⁵⁴² En este sentido, GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*Leasing financiero mobiliario...*), p. 197; GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*En torno...*), p. 1.781; GUTIÉRREZ GILSANZ, ob. cit., p. 106 a 108 y 120, Nota N° 183, donde estima que en estos casos el usuario podría dirigirse también a la empresa de leasing para reclamar por algunos incumplimientos del proveedor, y que el usuario quedaría facultado, además, para reclamar al proveedor su responsabilidad por culpa en los casos en que éste haya incentivado a celebrar un contrato que de otro modo el usuario no hubiera aceptado o hubiera celebrado en condiciones distintas; MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, ob. cit., p. 229; ROJO AJURIA, ob. cit. (*La responsabilidad...*), p. 2.031-2.032.

⁵⁴³ Ver, por ejemplo, STS de 4 de diciembre de 1997 (RJ 1997/8728).

⁵⁴⁴ Ver, por ejemplo, CABANILLAS SÁNCHEZ, ob. cit. (*La configuración...*), p. 1.002ss; DÍAZ MUYOR, ob. cit., p. 397; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, ob. cit., p. 320-321; GARCÍA SOLÉ, ob. cit. (*La subrogación...*), p. 1.060; GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*En torno...*), p. 1.775ss; GONZÁLEZ VÁSQUEZ, ob. cit., p. 1.308; GUTIÉRREZ GILSANZ, ob. cit., p. 79; LÓPEZ FRÍAS, ob. cit. (*Los contratos conexos...*), p. 117; MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, ob. cit., p. 224ss; RODRÍGUEZ-

sector de la doctrina y la jurisprudencia italianas califican la cláusula como “inversión”⁵⁴⁵ o “traslación”⁵⁴⁶ del riesgo, calificación que también es seguida por alguna doctrina española.⁵⁴⁷

La importancia que revisten ambas calificaciones es que reflejan que en el ámbito de la concepción bipartita del leasing financiero se entiende que el riesgo asociado al bien se traspasa del proveedor a la empresa de leasing, quien lo adquiere en su calidad de compradora pero no lo conserva sobre sí como arrendadora, sino que se exonera de él frente al usuario, trasladándolo a éste por medio de la cláusula en análisis.⁵⁴⁸

22. 1. 3.- *Licitud.*

La doctrina y la jurisprudencia españolas se han pronunciado mayoritariamente a favor de la licitud de la cláusula, siempre que se cumplan ciertos requisitos que analizaremos en el punto siguiente, llegando a calificarla como un elemento propio del leasing financiero.⁵⁴⁹

ROVIRA, ob. cit., p. 1.177; SÁNCHEZ-PARODI PASCUA, ob. cit., p. 192; STS de 3 de febrero de 2000 (RJ 2000/621); STS de 24 de mayo de 1999 (RJ 1999/3927); SAP de Santa Cruz de Tenerife de 26 de septiembre de 1992; STSJ de Navarra de 22 de mayo de 1992 (RJ 1992/6198). En Italia también se utiliza esta denominación. Ver al efecto BACCIARDI, ob. cit., p. 740; CHINDEMI, ob. cit. (*Invalidità...*), p. 325; SCCI de 1 de octubre de 2004 (19657); SCCI de 12 de marzo de 2004 (5125), SCCI de 26 de enero de 2000 (854); SCCI de 17 de mayo de 1991 (5571).

⁵⁴⁵ GASPARRO, ob. cit., p. 1.668; PENNETA, ob. cit. (*Leasing finanziario...*), p. 1.434; SCCI de 19 de febrero de 2008 (4235); SCCI de 2 de noviembre de 1998 (10926).

⁵⁴⁶ DI FORTUNATO, ob. cit., p. 20.

⁵⁴⁷ GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*Leasing financiero mobiliario...*), p. 179-182; GONZÁLEZ VÁSQUEZ, ob. cit., p. 1.309 y 1.312;

⁵⁴⁸ La situación es distinta en la concepción unitaria, como se verá *infra* N° 28.2.6.

⁵⁴⁹ AGUILAR RUIZ, ob. cit., p. 176; BACCIARDI, ob. cit., p. 740; DE LA CUESTA RUTE, ob. cit. (*Reflexiones...*), p. 585; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, ob. cit., p. 317; GARCÍA GARNICA, ob. cit. (*El régimen jurídico...*), p. 195; GARCÍA GARNICA, ob. cit., (*Comentario...*), p. 790-792; GARCÍA SOLÉ, ob. Cit. (*La subrogación...*), p. 1.058-1.060; GARCÍA SOLÉ, ob. cit. (*Leasing. Acción directa...*), p. 538; GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*Leasing financiero mobiliario...*), p. 182ss; GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*En torno...*), p. 1.775-1.780; GONZÁLEZ VÁSQUEZ, ob. cit., p. 1.308-1.310; GUTIÉRREZ GILSANZ, ob. cit., p. 83; MARÍN LÓPEZ, ob. cit. (*Comentario a la STS de 24 de mayo de 1999*), p. 1.149; MARÍN LÓPEZ, ob. cit. (*Comentario a la STS de 26 de febrero de 1996*), p. 769; MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, ob. cit., p. 224ss, para quien esta cláusula es una “pieza esencial” del contrato, ya que sin ella el negocio dejaría de ser un leasing financiero; REAL PÉREZ, ob. cit. (*El incumplimiento...*), p. 415-416, con fundamento en el art. 1.258 CC; RODRÍGUEZ-ROVIRA, ob. cit., p. 1.178; SANTOS SÁNCHEZ, ob. cit., p. 478 y 480. Dicha circunstancia se puso de manifiesto en

Sin perjuicio de esta afirmación general de validez, entre los seguidores de la concepción bipartita se han planteado discrepancias respecto de la licitud de la cláusula en algunos supuestos, las que derivan de las distintas tesis acerca de la naturaleza jurídica del contrato de leasing propiamente dicho. Así, quienes sostienen la naturaleza arrendaticia del leasing se ven forzados a rechazar la licitud de la cláusula de exoneración en el caso de falta de entrega del bien, ya que sería impropio que el arrendador (la empresa de leasing) se exonere de su obligación principal, que es poner el bien a disposición del arrendatario (usuario) para su uso y goce.⁵⁵⁰ En cambio, quienes sostienen la naturaleza financiera del

una de las primeras sentencias dictadas en España respecto del leasing financiero, la STS de 10 de abril de 1981 (RJ 1981/1532) y ha sido ratificada por varias sentencias, entre ellas, SAT de Valencia de 2 de diciembre de 1986 (RAJ 1986/7157); STSJ de Navarra de 22 de mayo de 1992 (RJ 1992/6198); SAP de Santa Cruz de Tenerife de 26 de septiembre de 1992 (AC 1992/276); SAP de Salamanca de 14 de febrero de 1995 (AC 1995/296); SAP de Toledo de 9 de enero de 1996 (AC 1996/136); STS de 26 de febrero de 1996 (RJ 1996/1264); STS de 24 de mayo de 1999 (RJ 1999/3927); STS de 25 de enero de 2001 (RJ 2001/1001); SAP de Madrid de 26 de junio de 2007 (AC 2007/1894); SAP de Girona de 12 de marzo de 2010 (JUR 2010/176713). En contra parece pronunciarse la STS de 13 de noviembre de 1995 (RJ 1995/8601), que confirmó la nulidad de una cláusula de exoneración pronunciada por el Tribunal de instancia, bajo el argumento de que con ello se conculcan y quebrantan las normas de la ley de consumidores y usuarios (de discutible aplicación) en cuanto a los límites de la responsabilidad de la entidad financiera. En contra de la solución de la sentencia se pronuncia AGUILAR RUIZ, ob. cit., p. 177 y REAL PÉREZ, ob. cit. (*El incumplimiento...*), p. 421. En Italia se ha sostenido también la validez de la cláusula. Ver al efecto BACCIARDI, ob. cit., p. 740; CORBO, ob. cit., p. 205; SCCI de 1 de octubre de 2004 (19657); SCCI de 26 de enero de 2000 (854), SCCI de 16 de mayo de 1997 (4367), SCCI de 11 de julio de 1995 (7595) y SCCI de 30 de mayo de 1995 (6076), que califican la cláusula como un elemento natural del contrato; SCCI de 17 de mayo de 1991 (5571), que califica la cláusula como “elemento caracterizador” del esquema contractual del leasing financiero.

⁵⁵⁰ En este sentido, CABANILLAS SÁNCHEZ, ob. cit. (*La naturaleza...*), p. 92, para quien la exoneración de responsabilidad se debe al deseo de la parte económicamente fuerte de (sociedad de leasing) de no sufrir perjuicios cuando incumple su principal obligación, que es la entrega de la cosa; CABANILLAS SÁNCHEZ, ob. cit. (*La configuración...*), p. 1.002-1.006, aunque en este trabajo el autor adhiere a la tesis de la *fiducia cum creditore*; PARRA LUCÁN, ob. cit. (*El leasing...*), p. XLI, aunque en la página siguiente manifiesta dudas respecto de los resultados a que conduce esta solución. En cuanto a la jurisprudencia, ver SAP de Madrid de 26 de junio de 2007 (AC 2007/1894), en cuyo fundamento de Derecho Octavo se señala que la exoneración surte efecto para “cuestiones subsiguientes a la entrega del bien, o por motivos internos de la mercancía”; STS de 25 de enero de 2001 (RJ 2001/1001), que dice que la cláusula de exoneración se refiere sólo a la “materialidad funcional” del bien, por lo que en caso entrega del bien sin la documentación necesaria se configura una causal de nulidad del contrato de leasing propiamente dicho, por falta de objeto; STS de 3 de febrero de 2000 (RJ 2000/621); SAP de Barcelona de 5 de julio de 1986 (573/1985). En Italia también se ha planteado la invalidez de la cláusula de exoneración por falta de entrega, aunque no en relación a la tesis del arrendamiento. Ver al efecto CAPPIELLO, ob. cit., p. 652; DI FORTUNATO, ob. cit., p. 21, quien señala como argumentos la violación de los arts. 1.229 y 1.375 CC italiano; CCI de 2 de noviembre de 1998 (10926), bajo la consideración de que el incumplimiento de la obligación de entrega por parte del proveedor constituye una causa sobrevenida de imposibilidad de cumplimiento para la empresa de leasing, no imputable a su voluntad, lo que trae como consecuencia que la cláusula de inversión del riesgo, aplicada a la falta de entrega, no realiza los

leasing estiman posible la exoneración de responsabilidad de la empresa de leasing en todos los supuestos, ya que la función de dicha empresa se limita a financiar la operación, sin intervenir en los aspectos relacionados con la entrega o conformidad del bien, que corresponden al proveedor.⁵⁵¹

También se ha discutido si la empresa de leasing puede o no exonerarse de la obligación de saneamiento de la evicción. Algunos estiman que no puede, por ser la propietaria del bien,⁵⁵² por la posibilidad de dejar al usuario sin posibilidad de ejercitar la

intereses de las partes y carece de validez, pudiendo el usuario excepcionarse ante la demanda de resolución por falta de pago de las cuotas en el art. 1.463 CC italiano, que consagra la imposibilidad sobrevenida de la prestación, argumento seguido por la SCCI de 1 de octubre de 2004 (19657) y la SCCI de 19 de febrero de 2008 (4235), entre otras.

⁵⁵¹ En este sentido, DÍAZ ECHEGARAY, ob. cit., p. 725; GARCÍA GARNICA, ob. cit. (*El régimen jurídico...*), p. 199, quien agrega que no tiene sentido admitir la exoneración en algunos casos (vicios ocultos) y en otros no, pero puntualiza que la exoneración se debe admitir siempre que se cumplan los demás requisitos (ausencia de dolo y legitimación del usuario frente al proveedor) y que dicha exoneración no carezca de causa o entrañe un desequilibrio contractual en perjuicio del usuario (esta afirmación responde al cuestionamiento que se hace la autora acerca de si la falta de entrega priva de causa a la obligación de pago del usuario); GARCÍA GARNICA, ob. cit., (*Comentario...*), p. 794-796, donde admite esta posibilidad para el caso que la falta de entrega sea imputable al proveedor y haya una estipulación expresa para legitimar al usuario contra el proveedor (si no la hay, la autora estima que hay “importantes apoyos jurídicos” a favor de que el usuario pueda resolver el contrato de leasing), mientras que si la falta de entrega se produce por una actuación dolosa o con culpa grave de la empresa de leasing estima que no debe operar la exoneración de responsabilidad y debe legitimarse al usuario para demandar la resolución del contrato de leasing, como ocurrió en el supuesto de hecho que dio lugar a la STS de 25 de enero de 2001 (RJ 2001/1001), que ella comenta (aunque en ese caso se declaró erradamente la nulidad del contrato de leasing, y no su resolución); GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*Leasing financiero mobiliario...*), p. 187-190, aunque opina que la exoneración puede amparar la falta de entrega siempre que se consigne de forma expresa y con un efecto limitado (p. 216), mientras que si la exoneración no se pacta expresamente no cabría presumirla y, ante la falta de entrega el usuario podría resolver el contrato de leasing por incumplimiento de la empresa de leasing; GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*En torno...*), p. 1.778 y 1.780; GONZÁLEZ VÁSQUEZ, ob. cit., p. 1.308-1.309, aunque estima que el contrato de leasing propiamente dicho puede ser objeto de resolución por falta de entrega, a pesar de la cláusula de exoneración; LÓPEZ FRÍAS, ob. cit. (*Los contratos conexos...*), p. 120, aunque sin pronunciarse expresamente a favor de la tesis financiera, considerando válida la exoneración siempre que se cumplan los requisitos de falta de dolo y subrogación, y arbitrando mecanismos para que el usuario sea consciente de aquello a lo que se enfrenta; MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, ob. cit., p. 226 y 231; RODRÍGUEZ-ROVIRA, ob. cit., p. 1.178-1.181; VARA DE PAZ, ob. cit., p. 196; SAP de Santa Cruz de Tenerife de 26 de septiembre de 1992, que incluso llegó a presumir la existencia de exoneración por falta de entrega a partir de la interpretación conjunta de la cláusula de exoneración (que no contemplaba expresamente la falta de entrega) y aquella por la que el usuario declara recibe el bien. En Italia se pronuncian en este sentido DE NOVA, ob. cit. (*Il contratto...*), p. 39; SCCI de 21 de junio de 1993 (6862); SCCI de 17 de mayo de 1991 (5571).

⁵⁵² DÍAZ ECHEGARAY, ob. cit., p. 727; GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*En torno...*), p. 1.179, aunque posteriormente, en ob. cit. (*Leasing financiero mobiliario...*), p. 190-191, se manifiesta a favor de la exoneración en caso de evicción, siempre que se pacte expresamente; ROJO AJURIA, ob. cit.

opción de compra,⁵⁵³ o porque la única forma en que se produciría la evicción sería en caso de conducta maliciosa de la empresa de leasing, lo que haría improcedente la exoneración.⁵⁵⁴ Otros, en tanto, consideran lícita la cláusula de exoneración en este caso,⁵⁵⁵ debido al carácter disponible de las normas de saneamiento de la evicción.⁵⁵⁶ Otros, por último, entienden que en principio no cabe exoneración por evicción, a menos que haya mala fe o culpa del usuario.⁵⁵⁷

(*Leasing mobiliario*), p. 251. Esta posición es adoptada en la condición general N° 7 del modelo de contrato de arrendamiento financiero de AELR se lee que “*incumbe al arrendador financiero la obligación de mantener al arrendatario en el goce pacífico de los bienes por todo el tiempo del contrato y la de saneamiento en caso de evicción. En caso de incumplimiento de estas obligaciones podrá el arrendatario financiero ejercitar las acciones que procedan contra el arrendador financiero, incluso la de resolución del contrato si la perturbación del goce pacífico de los bienes fuese insubsanable e irreversible. No responde el arrendador financiero de las perturbaciones de mero hecho debidas a actos de terceros, contra los que el arrendatario financiero podrá ejercitar cuantas acciones incumben al poseedor inmediato y legítimo de los bienes para impedir o evitar dichas perturbaciones*”.

⁵⁵³ CAPPIELLO, ob. cit., p. 651-652.

⁵⁵⁴ SÁNCHEZ-PARODI PASCUA, ob. cit., p. 207.

⁵⁵⁵ BUITRAGO RUBIRA, ob. cit. (*El leasing mobiliario...*), p. 242; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, ob. cit., p. 320, aunque aclara que la empresa de leasing responderá frente al usuario en caso de que éste no pueda hacer uso de las acciones de saneamiento del contrato de compraventa por haberse exonerado el proveedor en dicho contrato; GARCÍA GARNICA, ob. cit. (*El régimen jurídico...*), p. 193; GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*Leasing financiero mobiliario...*), p. 190-191, siempre que se pacte expresamente en el contrato de leasing. Ver también la STS de 19 de febrero de 2013 (RJ 2013/2568), caso en el que la cláusula de exoneración comprendía la evicción. En Italia esta posición ha sido sostenida por la Corte de Casación en SCCI de 26 de enero de 2000 (854); SCCI de 16 de mayo de 1997 (4367); CCI de 11 de julio de 1995 (7595); SCCI de 30 de mayo de 1995 (6076). En este mismo sentido, GUTIÉRREZ GILSANZ, ob. cit., p. 49 cita algunos formularios de contrato de leasing financiero donde se ceden al usuario las acciones para “garantizar la posesión quieta y pacífica del bien”, lo que lo que da a entender que las partes pretenden que dichas acciones sean ejercitadas por el usuario directamente contra el proveedor, y que por lo tanto quedan incluidas en la cláusula de exoneración de responsabilidad de la empresa de leasing.

⁵⁵⁶ CABANILLAS SÁNCHEZ, ob. cit. (*La naturaleza...*), p. 100; CABANILLAS SÁNCHEZ, ob. cit. (*La configuración...*), p. 1.007, basado en la remisión que el art. 1.553 CC (en materia de arrendamiento) hace a las normas del saneamiento en la compraventa, aunque estima que en aplicación del art. 1.476 CC el pacto de renuncia del usuario a la evicción no es lícito si la empresa de leasing actuó de mala fe. No obstante lo anterior, SÁNCHEZ-PARODI PASCUA, ob. cit., p. 207, Nota N° 105 estima que las normas de saneamiento de la compraventa (que se aplicarían en base a la remisión del art. 1.553 CC) no son aplicables a la evicción arrendaticia, debido a la distinta naturaleza de ambas figuras negociales.

⁵⁵⁷ GONZÁLEZ VÁSQUEZ, ob. cit., p. 1.310; SÁNCHEZ CALERO y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, ob. cit., p. 296.

Sin perjuicio de lo anterior, parece haber acuerdo en estimar lícita la cláusula de exoneración en el caso de vicios o riesgos técnicos del bien.⁵⁵⁸

22. 1. 4.- *Requisitos exigidos por la doctrina para su validez. Crítica.*

La mayoría de la doctrina española⁵⁵⁹ estima que han de cumplirse los siguientes requisitos para que la cláusula de exoneración tenga validez:

⁵⁵⁸ CABANILLAS SÁNCHEZ, ob. cit. (*La naturaleza...*), p. 64 y 98; CABANILLAS SÁNCHEZ, ob. cit. (*La configuración...*), p. 1007; DÍAZ MUYOR, ob. cit., p. 405, Nota N° 41; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, ob. cit., p. 320; GARCÍA GARNICA, ob. cit. (*El régimen jurídico...*), p. 197; GARCÍA GARNICA, ob. cit., (*Comentario...*), p. 793; GARCÍA SOLÉ, ob. cit. (*La subrogación...*), p. 1.060; GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*Leasing financiero mobiliario...*), p. 150 y 217; GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*En torno...*), p. 1.778; GONZÁLEZ VÁSQUEZ, ob. cit., p. 1.309-1.310; MARÍN LÓPEZ, ob. cit. (*Comentario a la STS de 24 de mayo de 1999*), p. 1.149; MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, ob. cit., p. 226-227; PARRA LUCÁN, ob. cit. (*El leasing...*), p. XLII; RODRÍGUEZ-ROVIRA, ob. cit., p. 1.177; SÁNCHEZ-PARODI PASCUA, ob. cit., p. 203; SAP de Girona de 12 de marzo de 2010 (JUR 2010/176713); En Italia, ver CHINDEMI, ob. cit. (*Invaldità...*), p. 325; CHINDEMI, ob. cit. (*Trilateralità...*), p. 186; DE NOVA, ob. cit. (*Il contratto...*), p. 41; DI FORTUNATO, ob. cit., p. 22; PENNETA, ob. cit. (*Leasing finanziario...*), p. 1.433; PURCARO, ob. cit. (*La locazione...*), p. 175; SCCI de 1 de octubre de 2004 (19657). Así se desprende también de los contratos de leasing financiero, donde las cláusulas de exoneración suelen mencionar este tipo de vicios. Ver al efecto las cláusulas transcritas *supra* N° 22.1.1.

Quienes defienden la naturaleza arrendaticia se fundan en el carácter disponible de las normas de saneamiento del Código Civil. En este sentido, CABANILLAS SÁNCHEZ, ob. cit. (*La naturaleza...*), p. 64 y 98; CABANILLAS SÁNCHEZ, ob. cit. (*La configuración...*), p. 1.007, aunque apunta que la exoneración es lícita siempre que se subrogue al usuario en la posición de la empresa de leasing y que ésta desconozca los vicios. En contra, SAT de Madrid de 1 de octubre de 1987 (AC 1987/644), que confirmó la declaración de resolución de un contrato por “no hallarse en condiciones de funcionamiento los bienes”, solución que fundamentó en la naturaleza arrendaticia del leasing y, en consecuencia, en la obligación esencial del arrendador de proporcionar el goce del bien, sin estimar como obstáculo para dicha conclusión la existencia de la cláusula de exoneración. Ver comentario en contra de la sentencia en GARCÍA SOLÉ, ob. cit. (*La subrogación...*), p. 1.067-1.068.

⁵⁵⁹ AGUILAR RUIZ, ob. cit., p. 177; BUITRAGO RUBIRA, ob. cit. (*El leasing mobiliario...*), p. 201; CABANILLAS SÁNCHEZ, ob. cit. (*La configuración...*), p. 1.007; CABANILLAS SÁNCHEZ, ob. cit. (*Leasing. Acción directa...*), p. 538; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, ob. cit., p. 317-318; GARCÍA GARNICA, ob. cit. (*El régimen jurídico...*), p. 196ss; GARCÍA GARNICA, ob. cit., (*Comentario...*), p. 791; GARCÍA SOLÉ, ob. cit. (*La subrogación...*), p. 1.060; GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*Leasing financiero mobiliario...*), p. 193; GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*En torno...*), p. 1.779; GONZÁLEZ VÁSQUEZ, ob. cit., p. 1.308 (para el requisito del dolo) y p. 1.310 (para el requisito de subrogación); GUTIÉRREZ GILSANZ, ob. cit., p. 102; LÓPEZ FRÍAS, ob. cit. (*Los contratos conexos...*), p. 118; MARÍN LÓPEZ, ob. cit. (*Comentario a la STS de 24 de mayo de 1999*), p. 1.149; MARÍN LÓPEZ, ob. cit. (*Comentario a la STS de 26 de febrero de 1996*), p. 769; MARTÍNEZ MARTÍN, ob. cit., p. 603; REAL PÉREZ, ob. cit. (*“Leasing”...*), p. 507; REAL PÉREZ, ob. cit. (*El incumplimiento...*), p. 416; RODRÍGUEZ-ROVIRA, ob. cit., p. 1.178; ROJO AJURIA, ob. cit. (*Leasing mobiliario*), p. 249ss; SÁNCHEZ-PARODI PASCUA, ob. cit., p. 193-194; SANTOS SÁNCHEZ, ob. cit., p. 478-479; VARA DE PAZ, ob. cit., p. 196.

1. Que la empresa de leasing se haga subrogar por el usuario en las acciones que como comprador del bien tiene contra el proveedor, requisito que se analizará en el punto 22.2.
2. Que la empresa de leasing no actúe con dolo o culpa grave.

Se ha fundado esta limitación en el art. 1.102 CC, según el cual la renuncia para hacer efectiva la acción de responsabilidad proveniente del dolo es nula.⁵⁶⁰

Aun cuando algún autor haya negado la posibilidad de que la empresa de leasing pueda actuar con dolo,⁵⁶¹ se ha dicho que ésta observaría dicha conducta (y, por lo tanto, no sería válida la cláusula de exoneración), por ejemplo, cuando conozca la existencia de vicios del bien;⁵⁶² cuando la falta de entrega se debe a una actuación intencionada de la empresa de leasing;⁵⁶³ como la falta de pago al proveedor;⁵⁶⁴ cuando la falta de conformidad se deba al incumplimiento de las indicaciones proporcionadas por el usuario;⁵⁶⁵ o cuando la empresa de leasing haya renunciado en el contrato de compraventa

⁵⁶⁰ CABANILLAS SÁNCHEZ, ob. cit. (*La naturaleza...*), p. 92; CABANILLAS SÁNCHEZ, ob. cit. (*La configuración...*), p. 1.002-1.003; GARCÍA GARNICA, ob. cit. (*El régimen jurídico...*), p. 196, Nota N° 20; GUTIÉRREZ GILSANZ, ob. cit., p. 103; PARRA LUCÁN, ob. cit. (*El leasing...*), p. XL. Desde un punto de vista general, para la invalidez de las cláusulas de exoneración por incumplimiento doloso, ver DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo, *La acción de responsabilidad civil*. En AA.VV., "Acciones civiles", Eugenio Llamas Pombo (dir.), La Ley, Madrid, 2013, Tomo II, p. 787-788; DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón, *Las cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad en el derecho español*. En Revista de Derecho Patrimonial, año 2005-2, N° 15, p. 27-32.

⁵⁶¹ VILLAR URIBARRI, ob. cit., p. 115.

⁵⁶² CABANILLAS SÁNCHEZ, ob. cit. (*La naturaleza...*), p. 99; GARCÍA GARNICA, ob. cit. (*El régimen jurídico...*), p. 197; GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*Leasing financiero mobiliario...*), p. 193; GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*En torno...*), p. 1.779; MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, ob. cit., p. 228, Nota N° 39; RODRÍGUEZ-ROVIRA, ob. cit., p. 1.178. Para este caso específico, GUTIÉRREZ GILSANZ, ob. cit., p. 104 ha justificado la improcedencia de la exoneración en la aplicación por analogía del art. 1.485 CC, al que se remite el art. 1.553CC, lo que ciertamente implica asemejar el contrato de leasing financiero al arrendamiento.

⁵⁶³ CABANILLAS SÁNCHEZ, ob. cit. (*La naturaleza...*), p. 90; CABANILLAS SÁNCHEZ, ob. cit. (*La configuración...*), p. 1.002-1.003.

⁵⁶⁴ GARCÍA GARNICA, ob. cit. (*El régimen jurídico...*), p. 196; GUTIÉRREZ GILSANZ, ob. cit., p. 103.

⁵⁶⁵ CABANILLAS SÁNCHEZ, ob. cit. (*La configuración...*), p. 1.003; GARCÍA GARNICA, ob. cit. (*El régimen jurídico...*), p. 196-197; GUTIÉRREZ GILSANZ, ob. cit., p. 103; MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, ob. cit., p. 228, Nota N° 39.

al saneamiento (y, por consiguiente, dichas acciones no se incluyan en la subrogación que dicha empresa hace a favor del usuario).⁵⁶⁶

Cabe observar que por la forma en que se plantea el requisito en estudio, queda sin solución el supuesto en que la empresa de leasing observe una conducta constitutiva de culpa leve. Este vacío en el análisis resulta crítico desde que es éste el caso en que se puede presentar un verdadero problema, ya que mientras las cláusulas de exoneración por actuación dolosa tienen una solución positiva expresa en el art. 1.102 CC, se ha planteado la discusión sobre la validez de las cláusulas de exoneración por actuación culposa, caso en que no existe una norma equivalente al referido art. 1.102.⁵⁶⁷ Por lo demás, los supuestos de actuación culposa de la empresa de leasing son claramente posibles en la práctica, incluso más que los de dolo.⁵⁶⁸ A pesar de todo ello, la doctrina ha prestado poco interés al caso que estamos tratando. Algún autor menciona la actuación culposa de la empresa de leasing para decir que estos casos deben ser resueltos por los Tribunales en atención a las circunstancias concurrentes,⁵⁶⁹ mientras que otros dicen en términos bastante genéricos que la cláusula de exoneración no rige en caso de actuación negligente de la empresa de leasing,⁵⁷⁰ aunque se trata de menciones de carácter general, en las que no se distinguen los grados de culpa y se hacen conjuntamente con el análisis de la actuación dolosa, por lo

⁵⁶⁶ GUTIÉRREZ GILSANZ, ob. cit., p. 104.

⁵⁶⁷ Ver, por todos, DE ÁNGEL YÁGÜEZ, ob. cit., p. 787-788; DE VERDA Y BEAMONTE, ob. cit., p. 36-39.

⁵⁶⁸ Una actuación dolosa requeriría por parte de la empresa de leasing una intención positiva de causar daño al usuario, lo que implica un grado de maldad que no será tan frecuente, considerando que a la empresa de leasing le conviene que no se cuestione la validez de la operación, para así percibir las cuotas con el interés que constituye su remuneración. Más frecuentes serán los casos de culpa leve. De hecho, varios de los casos mencionados anteriormente como ejemplos de actuación dolosa pueden ocurrir perfectamente concurriendo culpa leve de parte de la empresa de leasing. Así, por ejemplo, si el usuario, luego de comunicar a la empresa de leasing los requisitos que deberá tener el bien, envía requisitos adicionales que son aceptados por la empresa de leasing, y por negligencia luego no los incluye en el contrato de compraventa celebrado con el proveedor, estaríamos ante un caso de actuación negligente constitutiva de culpa leve.

⁵⁶⁹ CABANILLAS SÁNCHEZ, ob. cit. (*La configuración...*), p. 1.004, quien funda este razonamiento en la ausencia de una norma como el art. 1.102 CC.

⁵⁷⁰ CABANILLAS SÁNCHEZ, ob. cit. (*La naturaleza...*), p. 90; DE LA CUESTA RUTE, ob. cit. (*Reflexiones...*), p. 581; GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*Leasing financiero mobiliario...*), p. 193; MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, ob. cit., p. 228, Nota N° 39; ROJO AJURIA, ob. cit. (*Leasing mobiliario*), p. 250.

que no queda claro si se refieren a la culpa o negligencia grave (como asimilación al dolo), o a la culpa leve, o a ambas.

Del mismo modo, es preciso observar que la doctrina mayoritaria tampoco ofrece una solución a los casos en que sea el proveedor quien obre con dolo⁵⁷¹ o culpa leve.

Por último, destaco que la sanción atribuida al caso de inobservancia de los requisitos mencionados es la limitación de la cláusula de exoneración, de manera que será la empresa de leasing quien deberá responder ante el usuario en caso de cualquier incidencia.⁵⁷² Estimo que la sanción no resulta satisfactoria, ya que debido a su carácter de establecimiento financiero de crédito, muchas veces la empresa de leasing no estará en condiciones de proveer el cumplimiento,⁵⁷³ bien porque la obligación debe ser cumplida indefectiblemente por el proveedor,⁵⁷⁴ bien porque en caso de querer cumplir el contrato (por ejemplo, efectuando una compra sustitutiva a otro proveedor) incurriría en un incumplimiento del contrato de leasing financiero, al adquirir el bien de un proveedor que

⁵⁷¹ Combinando las dos hipótesis mencionadas (culpa leve de la empresa de leasing y dolo del proveedor), podría pensarse, por ejemplo, que en el constante ir y venir de borradores de contrato de compraventa entre la empresa de leasing y el proveedor, este último, dolosamente, envíe a Notaría un borrador modificado en que la antedicha empresa renuncia a la acción resolutoria, y la empresa de leasing, negligentemente, no revisa adecuadamente la escritura antes de su firma, lo que traerá como consecuencia que dicha empresa no transfiera la acción resolutoria al usuario.

⁵⁷² Ver la doctrina citada *supra* Nota N° 559. En todo caso, GUTIÉRREZ GILSANZ, ob. cit., p. 108 aclara que el cumplimiento de los requisitos expuestos no provoca siempre la ineficacia de la cláusula de exoneración, ya que los Tribunales se encargan de moderar tal eficacia, lo que ocurre, por ejemplo, cuando se declara la resolución del contrato de compraventa y la consiguiente resolución del contrato de leasing, situación en la que, a pesar de haberse cumplido los requisitos, la cláusula de exoneración no despliega todos sus efectos, ya que de igual forma se ve afectado el contrato de leasing.

⁵⁷³ Al respecto GARCÍA GARNICA, ob. cit., (Comentario...), p. 790, al fundamentar la cláusula de exoneración, señala que *“no puede pasarse por alto que las entidades de leasing, como entidades de crédito que son, carecen de la formación técnica e infraestructura necesaria para responder de los vicios de los que puedan adolecer los bienes (muebles o inmuebles) cedidos. Tampoco (puede pasarse por alto) el hecho de que normalmente la entidad de leasing ni siquiera llega a entrar en contacto material con los bienes, disponiendo en el propio contrato de adquisición que se entreguen directamente al usuario...”* (la aclaración entre paréntesis es mía).

⁵⁷⁴ Por ejemplo, cuando el usuario no acepte el bien por presentar averías, la empresa no podrá repararlo, ya que el bien estará en poder del proveedor; cuando haya falta de entrega, la empresa de leasing no podrá entregarlo, por la misma razón, etc. Estos casos adquieren mayor gravedad cuando no existe la posibilidad de una compra sustitutiva, por ejemplo, porque el bien es vendido por un solo proveedor en el país, como pudiera suceder con bienes altamente especializados. Por lo demás, una de las razones esgrimidas para justificar la cláusula de exoneración radica justamente en que será el proveedor quien tendrá los medios técnicos y materiales para proceder al cumplimiento *in natura*. Ver, por todos, GARCÍA GARNICA, ob. cit., (Comentario...), p. 791.

no es el designado por el usuario en el contrato, y que puede no ser aprobado por éste. Por otra parte, cabe observar que esta solución no es congruente con la actuación estrictamente financiera atribuida a la empresa de leasing, que se toma como fundamento de la cláusula de exoneración, pero luego se abandona para enfrentar las inequidades que provoca la escisión de la operación en dos contratos. Por el contrario, al desaparecer de escena el proveedor la relación queda configurada como un mero contrato de arrendamiento entre la empresa de leasing y el usuario, lo que provoca problemas prácticos adicionales. Así por ejemplo, y como se verá más adelante,⁵⁷⁵ en casos como los analizados se ha llegado a la conclusión de que el usuario podría llegar a quedar legitimado para resolver el contrato de leasing financiero, lo que deja en ascuas la validez del contrato de compraventa, ya que se ha entendido que la resolución del contrato de leasing no conlleva la resolución del contrato de compraventa.

Creo que los cuestionamientos planteados en este punto encuentran una solución razonable si se adopta la concepción unitaria del leasing financiero.⁵⁷⁶

22. 1. 5.- La cláusula de irrevocabilidad e independencia.

Una vez que el usuario ha aceptado el bien, nace la obligación de pagar las cuotas por el plazo convenido. A dicha obligación se le atribuye el carácter de irrevocable⁵⁷⁷ y, además, independiente de las vicisitudes que ocurran con el bien o, en el lenguaje propio de la concepción bipartita, independiente del cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones que, en principio, corresponden a la empresa de leasing en su calidad de arrendadora financiera. La doctrina reconoce la existencia de esta cláusula, aunque no le

⁵⁷⁵ Ver *infra* N° 41.1.2 y 43.

⁵⁷⁶ Ver *infra* N° 27.4.4.

⁵⁷⁷ Ver *supra* N° 10.2.3, donde se señala que el plazo del contrato de leasing suele pactarse con carácter irrevocable. Ver también SAT de Valencia de 2 de diciembre de 1986 (RAJ 1986/7157) donde se explica el carácter irrevocable del contrato en estos términos: “el arrendamiento financiero se califica por la doctrina de irrevocable, esto es, no está sujeto a la voluntad de las partes individualmente consideradas su terminación una vez firmado y estipulado el plazo de duración. Naturalmente, las partes pueden pedir la resolución del contrato por incumplimiento de las obligaciones contractuales de la contraria, pero no por hechos ajenos al mismo contrato”.

dé la denominación aquí adoptada,⁵⁷⁸ que he tomado de algunos textos legislativos consultados.⁵⁷⁹

La irrevocabilidad e independencia de las obligaciones del usuario constituyen un solo todo con las cláusulas de exoneración y subrogación (tanto así que suelen pactarse en una misma cláusula⁵⁸⁰), ya que por medio de estos tres elementos se busca obtener la actuación estrictamente financiera de la empresa de leasing: ésta se exonera de las obligaciones que le corresponderían como arrendadora frente al usuario, quien, en caso de

⁵⁷⁸ CABANILLAS SÁNCHEZ, ob. cit. (*La naturaleza...*), p. 64; CABANILLAS SÁNCHEZ, ob. cit. (*La configuración...*), p. 1.010-1.011; CHULIA VICENT y BELTRÁN ALANDETE, ob. cit., p. 52; DE PRADA GONZÁLEZ, ob. cit., p. 658; DÍAZ MUYOR, ob. cit., p. 398; GARCÍA GARNICA, ob. cit. (*El régimen jurídico...*), p. 193 y 203, sin referencia expresa a la independencia, pero aplicando sus consecuencias a la legitimación exclusiva por responsabilidad contractual del usuario contra el proveedor (excluye la legitimación de la empresa de leasing, ya que seguirá cobrando las cuotas); GARCÍA GARNICA, ob. cit. (*Comentario...*), p. 790; GARCÍA SOLÉ, ob. cit. (*La subrogación...*), p. 1.061-1.065; GUTIÉRREZ GILSANZ, ob. cit., p. 70 y 235; MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, ob. cit., p. 226, quien analiza el punto en relación con los vicios ocultos y defectos técnicos del bien; PARRA LUCÁN, ob. cit. (*El leasing...*), p. XXXIX; REAL PÉREZ, ob. cit. (*El incumplimiento...*), p. 415; VARA DE PAZ, ob. cit., p. 196 y 199; SAP de Madrid de 26 de junio de 2007 (AC 2007/1894), en la que consta entre las alegaciones del usuario que debió seguir pagando las cuotas de leasing a pesar de que no pudo utilizar el bien. Para Italia ver CAMERA DI COMMERCIO DI MILANO, ob. cit., p. 552; DI FORTUNATO, ob. cit., p. 19; IMBRENDA, ob. cit., p. 106; PENNETA, ob. cit. (*Leasing finanziario...*), p. 1.434; PURCARO, ob. cit. (*La locazione...*), p. 100-101; SCCI de 1 de octubre de 2004 (19657); SCCI de 2 de noviembre de 1998 (10926); SCCI de 16 de mayo de 1997 (4367); SCCI de 30 de mayo de 1995 (6076), estas dos últimas sin señalar expresamente el principio, pero aplicándolo;

Para asegurar la aplicación de este principio se documenta el pago de las cuotas por medio de algún efecto de comercio, de manera que se separa la obligación de pago respecto de la obligación cambiaria resultante del título de crédito. Con ello la empresa de leasing podrá pagarse de las cuotas independientemente de cualquier discusión en torno al contrato de leasing, y contará con las ventajas del juicio ejecutivo. Ver al efecto CHULIA VICENT y BELTRÁN ALANDETE, ob. cit., p. 46 y 55 y GONZÁLEZ VÁSQUEZ, ob. cit., p. 1.313.

⁵⁷⁹ Los términos “irrevocabilidad” e “independencia” son utilizados en la sección 2A-407 UCC y en el art. 10 LMUL, que se analizarán respectivamente *infra* N° 24.2.2 y 24.4.1. Sin perjuicio de ello, en España la SAT de Valencia de 2 de diciembre de 1986 (RAJ 1986/7157) ha ocupado también dichas denominaciones, al expresar que “*el contrato es irrevocable, independientemente de que el bien pueda ser o no utilizado para el fin perseguido por el arrendatario*”.

⁵⁸⁰ Así, por ejemplo, en el modelo de contrato de leasing financiero del Banco Santander se pacta en una misma cláusula la exoneración y la subrogación, agregándose a continuación de ellas que “*en consecuencia no podrá el Usuario, incumplir, diferir o reducir sus obligaciones de pago, o intentar la resolución del contrato, ni reclamar daños y perjuicios frente al Arrendador Financiero, basándose en las causas anteriormente mencionadas*”, es decir, en los aspectos respecto de los que la empresa de leasing se había exonerado (idoneidad, rendimiento, diseño, calidad, durabilidad, vicios de fabricación o funcionamiento y resultados de los Bienes, así como la entrega). Ver también las cláusulas que en este mismo sentido se transcriben en MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, ob. cit., p. 225; STSJ de Navarra de 22 de mayo de 1992 (RJ 1992/6198); STS de 26 de junio de 1989 (RJ 1989/4786); SAT de Valencia de 2 de diciembre de 1986 (RAJ 1986/7157). Ver también FRADEJAS RUEDA, ob. cit., p. 248.

tener algún problema con el bien, debe reclamar directamente al proveedor, no pudiendo suspender el pago de las cuotas ni oponer en la demanda de pago de cuotas excepciones que deriven de fallas o vicios del bien.⁵⁸¹ De esta manera, se dice, la citada empresa no se ve envuelta en problemas que son ajenos a su giro financiero.⁵⁸²

Al igual que sucede con la cláusula de exoneración, la cláusula que ahora analizamos ha sido considerada válida por la generalidad de la doctrina.⁵⁸³ Así se ha entendido en el supuesto de vicios menores del bien ya que, habiéndose estimado válida la cláusula de exoneración en este caso,⁵⁸⁴ el usuario podrá (en uso de la cláusula de subrogación) reclamar al proveedor la reparación del bien, manteniéndose su obligación de seguir pagando las cuotas.⁵⁸⁵

Sin embargo, y como sucede también con la cláusula de exoneración, la cláusula de irrevocabilidad e independencia se ha prestado para controversia en casos específicos, como el de falta de entrega. Quienes siguen la tesis del arrendamiento niegan la validez de la cláusula en este supuesto, al considerar que si el usuario no puede gozar del bien no se justifica el pago de las rentas de arrendamiento.⁵⁸⁶ Otros, al contrario, estiman válida la

⁵⁸¹ GUTIÉRREZ GILSANZ, ob. cit., p. 69 y 70. Ver también SCCI de 16 de mayo de 1997 (4367) y SCCI 30 de mayo de 1995 (6076), en las que se confirmó la existencia de la obligación del usuario de pagar las cuotas una vez recibido el bien, no obstante haber sido éste secuestrado penalmente por causa atribuible al proveedor con fecha anterior al contrato (en uno de los casos, se probó que el vehículo dado en leasing era robado).

⁵⁸² GARCÍA SOLÉ, ob. cit. (*La subrogación...*), p. 1.063; VARA DE PAZ, ob. cit., p. 198.

⁵⁸³ Ver la doctrina citada *supra* Nota N° 578. Plantea dudas respecto de la validez de la cláusula DE LA CUESTA RUTE, ob. cit. (*Reflexiones...*), p. 582.

⁵⁸⁴ Ver *supra* N° 22.1.3.

⁵⁸⁵ CABANILLAS SÁNCHEZ, ob. cit. (*La naturaleza...*), p. 99-100, aunque por seguir estrictamente la naturaleza arrendaticia del contrato de leasing propiamente dicho, afirma que el usuario sólo debe abonar las cuotas cuando goce del bien, por lo que concluye que la empresa de leasing sólo podrá cobrar las cuotas cuando haya subrogado al usuario en su posición frente al proveedor y la acción ejercitada por el usuario contra éste haya prosperado y haya recibido del proveedor una indemnización que le permita pagar las cuotas a la empresa de leasing, estimando que esta solución también se aplica al caso de evicción; GARCÍA SOLÉ, ob. cit. (*La subrogación...*), p. 1.061-1.062; MARÍN LÓPEZ, ob. cit. (*Comentario a la STS de 24 de mayo de 1999*), p. 1.150; MARÍN LÓPEZ, ob. cit. (*Comentario a la STS de 26 de febrero de 1996*), p. 770-771; MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, ob. cit., p. 226-227; SCCI de 1 de octubre de 2004 (19657), la cual explicita que el usuario no puede oponer como excepción a la empresa de leasing el incumplimiento del proveedor para evitar el pago de cuotas si el bien presenta vicios.

⁵⁸⁶ CABANILLAS SÁNCHEZ, ob. cit. (*La naturaleza...*), p. 64-65 y 91-93, para quien esta cláusula obedece a una imposición de la parte económicamente más fuerte que pretende no sufrir perjuicios

cláusula.⁵⁸⁷ Entre estos últimos hay quien sostiene que en realidad la cláusula no genera problemas, ya que sólo con la aceptación del bien se devengarán las obligaciones de pagar el precio al proveedor por parte de la empresa de leasing y de iniciar el pago de las cuotas por parte del usuario, de manera que si la empresa de leasing paga antes de la aceptación, lo hace a su riesgo, por lo que no podría exigir al usuario el pago de las cuotas ni indemnización alguna.⁵⁸⁸

También se ha discutido la situación en que queda esta cláusula cuando el usuario demande la resolución del contrato de compraventa. Mientras se tramita el juicio parece claro que la obligación de pago de cuotas se mantenga inalterada, pactándose así en algunos contratos.⁵⁸⁹ Por lo que toca a la situación una vez declarada la resolución, las soluciones son distintas según las posiciones que se adopten frente a la legitimación del usuario contra el proveedor. Así, quienes admiten la posibilidad de que el usuario demande solamente la resolución del contrato de compraventa, estiman que el usuario debe seguir pagando las cuotas de leasing, estableciendo como fundamento la vigencia del contrato de leasing.⁵⁹⁰ En cambio, cuando el usuario demande conjuntamente la resolución ambos contratos, cesará la obligación de pagar las cuotas como efecto de la resolución, aunque en este caso se ha discutido si la obligación de pagar las cuotas cesa para lo futuro, o si, además, el usuario puede recuperar las cuotas pagadas.⁵⁹¹

cuando incumple con la obligación de entrega que le corresponde como arrendadora; SAP de Barcelona de 5 de julio de 1986 (573/1985). Esta es la solución adoptada en el art. 12.3 CUAFL.

⁵⁸⁷ DE NOVA, ob. cit. (*Il contratto...*), p. 39; DE PRADA GONZÁLEZ, ob. cit., p. 661-662 en relación con p. 649, al considerar el leasing como un contrato con causa financiera; REAL PÉREZ, ob. cit. (*El incumplimiento...*), p. 402.

⁵⁸⁸ GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*Leasing financiero mobiliario...*), p. 213 y 217.

⁵⁸⁹ FRADEJAS RUEDA, ob. cit., p. 248; GUTIÉRREZ GILSANZ, ob. cit., p. 138. Por su parte, ROJO AJURIA, ob. cit. (*Leasing mobiliario*), p. 257 condiciona la validez de la cláusula al hecho de que la empresa de leasing haya cedido al usuario las acciones derivadas del contrato de compraventa, incluida la acción resolutoria, con la finalidad de evitar situaciones de indefensión.

⁵⁹⁰ BUITRAGO RUBIRA, ob. cit. (*El leasing mobiliario...*), p. 230; GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*En torno...*), p. 1.782; MARÍN LÓPEZ, ob. cit. (*Comentario a la STS de 26 de febrero de 1996*), p. 771. Por otra parte, y según exponen FRADEJAS RUEDA, ob. cit., p. 248 y GUTIÉRREZ GILSANZ, ob. cit., p. 197-199 en sus respectivos estudios de formularios de leasing, la solución que se comenta es adoptada por algunas empresas de leasing que en sus contratos.

⁵⁹¹ Ver *infra* N° 44.3.

Por último, y en aplicación de las diversas variantes de la concepción bipartita, se ha dicho que en caso de destrucción fortuita del bien la cláusula en análisis sólo es aplicable en cuanto el usuario se obliga a contratar un seguro cuya indemnización se destine a la reposición del bien, mientras que de no existir tal seguro (o de no destinarse la indemnización a la restitución del bien), el contrato se debería extinguir.⁵⁹²

Todas estas discusiones son propias de la concepción bipartita, ya que en ella la obligación de pago de las cuotas concierne exclusivamente a uno de los contratos que conforman la operación, presentándose el dilema de que en algunos casos la suerte de dicha obligación queda sujeta a las vicisitudes que ocurran en un contrato distinto (el de compraventa), como sucede en los casos de falta de entrega, destrucción del bien o resolución del contrato de compraventa. Ello vuelve a poner en evidencia los problemas que el principio de efecto relativo de los contratos provoca en la concepción bipartita. Y si a ello se agrega que en el marco de dicha concepción es discutida la naturaleza jurídica del contrato de leasing propiamente dicho, los problemas planteados conducen a discusiones doctrinales y soluciones disímiles.

22. 2.- La cláusula de subrogación.

22. 2. 1.- Contenido y justificación.

Como contrapartida de la cláusula de exoneración antes analizada, en el contrato de leasing financiero suele agregarse otra cláusula por medio de la que la empresa de leasing se hace subrogar por el usuario en los derechos que tiene contra el proveedor en su calidad de compradora del bien. Con ello, será el usuario quien deberá dirigirse directamente contra el proveedor en caso de constatarse cualquier incumplimiento de las obligaciones que le corresponden como vendedor, sin intervención de la empresa de leasing.

En teoría, cabría distinguir entre cláusula de subrogación genérica y cláusula de exoneración específica. Por cláusula de subrogación genérica entiendo aquella en que se

⁵⁹² CABANILLAS SÁNCHEZ, ob. cit. (*La naturaleza...*), p. 105-107, desde el punto de vista de la tesis arrendaticia, argumentando que el usuario sólo queda obligado al pago de las rentas en cuanto pueda gozar del bien y fundamentando la extinción del contrato en el art. 1.568; CABANILLAS SÁNCHEZ, ob. cit. (*La configuración...*), p. 1.010-1.011, esta vez desde la óptica del negocio fiduciario, fundamentando la extinción del contrato en la inexistencia de objeto y la equidad; MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, ob. cit., p. 227, en base a la tesis del contrato de financiación; SÁNCHEZ-PARODI PASCUA, ob. cit., p. 209-212, en base a la tesis del negocio financiero atípico, también fundamentando la extinción del contrato en la falta de objeto.

hace una mención general a la subrogación del usuario respecto de las acciones que corresponden a la empresa de leasing contra el proveedor, sin mencionar expresamente las acciones que comprende la subrogación. Por cláusula de subrogación específica entiendo aquella que menciona expresamente las acciones cedidas. Una cláusula de estas características sería aquella que dijera: *“La empresa de leasing subroga al usuario en las siguientes acciones que, en su calidad de comprador del bien, es titular frente al proveedor:...”*.⁵⁹³

Sin embargo, las cláusulas que en la práctica se introducen en los contratos de leasing financiero suelen ser de tipo genérico. Así, por ejemplo, en el modelo de contrato de leasing financiero del Banco Santander se estipula que *“el Arrendador Financiero cede a favor del Usuario –que acepta– las acciones que a estos efectos, como propietario, le pudieran corresponder frente a el/los proveedor/es o frente a terceros, incluyendo –pero sin limitación– las relacionadas con la falta de entrega o condiciones de entrega de los Bienes, las derivadas de la garantía, asistencia técnica o servicio posventa”*.⁵⁹⁴

Esta cláusula reviste suma importancia en el marco de la concepción bipartita, ya que siendo el usuario un tercero respecto del proveedor, constituye la fórmula que en la práctica se ha empleado para legitimar su actuación contra aquel, no siendo pocos quienes estiman que la relación jurídica entre usuario y proveedor surge únicamente en virtud de tal cláusula.⁵⁹⁵ Por ello es que se ha recalcado la importancia de que en la respectiva

⁵⁹³ Creo que se debe excluir de esta categoría aquellas cláusulas que establecen una subrogación genérica para luego mencionar, a modo de ejemplo o explicitación, una o más de las acciones a que se refiere la subrogación. Dicho tipo de cláusula debe ser considerada genérica. Como ejemplo se puede mencionar el modelo de contrato de leasing financiero de Toyota Financial Services, donde se expresa que *“el Arrendador Financiero, como comprador de dichos bienes, subroga al Arrendatario Financiero en todos sus derechos, obligaciones y acciones ante el Proveedor. El Proveedor podrá ejercitar directamente frente al Proveedor la acción resolutoria de la compraventa o cualquiera otra que le corresponda en virtud de la subrogación o en sustitución del Arrendador Financiero”*.

⁵⁹⁴ Se pueden ver transcritas cláusulas de subrogación tanto o más genéricas que la expuesta en CAPIELLO, ob. cit., p. 650; MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, ob. cit., p. 225; SAP de Madrid de 26 de junio de 2007 (AC 2007/1894); SAP de Girona de 11 de julio de 2000 (JUR 2000/295221); STS de 3 de febrero de 2000 (RJ 2000/621); STS de 26 de febrero de 1996 (RJ 1996/1264); STSJ de Navarra de 22 de mayo de 1992 (RJ 1992/6198); STS de 23 de abril de 1991 (RJ 1991/3021); STS de 26 de junio de 1989 (RJ 1989/4786). Ver también el análisis de este tipo de cláusulas en diversos formularios utilizados en la práctica en FRADEJAS RUEDA, ob. cit., p. 248 y GUTIÉRREZ GILSANZ, ob. cit., p. 47. Ver asimismo CAMERA DI COMMERCIO DI MILANO, ob. cit., p. 552.

⁵⁹⁵ BELTRÁN ALANDETE, ob. cit., p. 671; CABANILLAS SÁNCHEZ, ob. cit. (*La naturaleza...*), p. 63; DE PRADA GONZÁLEZ, ob. cit., p. 660; GARCÍA SOLÉ, ob. cit. (*La subrogación...*), p. 1.069; GUTIÉRREZ GILSANZ, ob. cit., p. 70; MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, ob. cit., p. 222, Nota N° 8; PENNETA, ob. cit., p. 1.435, aunque también reconoce una legitimación legal derivada de la tesis italiana del mandato sin representación; RODRÍGUEZ-ROVIRA, ob. cit., p. 1.181; SANTOS

demanda el usuario exprese claramente que litiga en calidad de subrogado de la empresa de leasing, so pena de desechar la acción.⁵⁹⁶

Varios han sido los argumentos por medio de los que se ha justificado la introducción de esta cláusula. Entre ellos se pueden citar el carácter estrictamente financiero de la intervención de la empresa de leasing, a quien no le interesa intervenir en los problemas derivados de la entrega o conformidad del bien, que por esta vía serán resueltos directamente entre el proveedor y el usuario;⁵⁹⁷ la necesidad de impedir la indefensión que para este último significaría pactar solamente la cláusula de exoneración;⁵⁹⁸ la eficiencia económico-jurídica de legitimar directamente al usuario contra

SÁNCHEZ, ob. cit., p. 480; VARA DE PAZ, ob. cit., p. 196; SAT Valencia de 2 de diciembre de 1986 (RAJ 1986/7157). Sin perjuicio de lo anterior, BUITRAGO RUBIRA, ob. cit. (*El leasing mobiliario...*), p. 69-70 estima que la relación jurídica entre usuario y proveedor no es de la esencia del leasing, ya que la cláusula de subrogación, si bien es frecuente, no es consustancial al contrato. Sobre los efectos de esta opinión respecto de las cláusulas de exoneración genéricas y su solución en el ámbito de la concepción unitaria, ver *infra* N° 27.4.4.

⁵⁹⁶ GARCÍA GARNICA, ob. cit., (*Comentario...*), p. 792; GARCÍA SOLÉ, ob. cit. (*La subrogación...*), p. 1.069; GUTIÉRREZ GILSANZ, ob. cit., p. 121. Por ejemplo, se ha negado lugar a la acción por este motivo en la SAT de Valencia de 2 de diciembre de 1986 (RAJ 1986/7157), en la que, si bien se expresa que “no puede llegarse al extremo de exigir en la demanda fórmulas rituales para poner de manifiesto que se actúa por subrogación y que, en ocasiones, el mero hecho de acompañar el documento en el que la subrogación se realiza bastaría para tener por alegada ésta como hecho constitutivo”, se rechaza la legitimación activa porque (además de no haberse acompañado el contrato de compraventa), “en la demanda se incurre en graves errores fácticos y jurídicos que ponen de manifiesto el desconocimiento del propio actor de que podía actuar por subrogación”. Sin perjuicio de lo anterior, el Tribunal Supremo ha aceptado la legitimación del usuario en base al puro relato fáctico de la demanda, aun cuando el *petitum* esté redactado “con una patente y censurable defectuosidad técnica”. Ver en este sentido STS de 26 de febrero de 1996 (RJ 1996/1264), en especial el Fundamento de Derecho Cuarto, y GUTIÉRREZ GILSANZ, ob. cit., p. 123, para quien un exceso de formalismo puede llevar a la indefensión del usuario, que es justamente lo que se trata de evitar con la subrogación.

⁵⁹⁷ BUITRAGO RUBIRA, ob. cit. (*El Leasing mobiliario...*), p. 197; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, ob. cit., p. 317; GARCÍA GARNICA, ob. cit. (*El régimen jurídico...*), p. 193; GARCÍA GARNICA, ob. cit., (*Comentario...*), p. 790; GUTIÉRREZ GILSANZ, ob. cit., p. 69-70; MARTÍNEZ MARTÍN, ob. cit., p. 603; STS de 2 de diciembre de 1999 (RJ 1999/9477); SAP de Girona de 11 de julio de 2000 (JUR 2000/295221).

⁵⁹⁸ GARCÍA GARNICA, ob. cit. (*El régimen jurídico...*), p. 200; GARCÍA GARNICA, ob. cit., (*Comentario...*), p. 791; GARCÍA SOLÉ, ob. cit. (*La subrogación...*), p. 1.060; GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*Leasing financiero mobiliario...*), p. 194; GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*En torno...*), p. 1.780; GONZÁLEZ VÁSQUEZ, ob. cit., p. 1.310; MARÍN LÓPEZ, ob. cit. (*Comentario a la STS de 24 de mayo de 1999*), p. 1.149; MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, ob. cit., p. 227; MARTÍNEZ MARTÍN, ob. cit., p. 602-603. En cuanto a la jurisprudencia, ver STS de 26 de febrero de 1996 (RJ 1996/1264); SAT de Valencia de 2 de diciembre de 1986 (RAJ 1986/7157). En el mismo sentido, GUTIÉRREZ GILSANZ, ob. cit., p. 105 argumenta que en caso de pactarse exoneración sin subrogación se produciría una renuncia sin contraprestación, lo que acabaría con la equivalencia de las prestaciones que debe haber en los contratos onerosos, produciéndose de este modo para el usuario una situación

el proveedor, lo que evita una cadena innecesaria de juicios (usuario contra empresa de leasing y luego empresa de leasing contra proveedor);⁵⁹⁹ así como la falta de reconocimiento legal de la acción directa del usuario en contra del proveedor y la limitada trascendencia que el ordenamiento jurídico reconoce a la conexión contractual, lo que fuerza a los propios contratantes a articular sus relaciones.⁶⁰⁰

Cabe observar en este punto que todas las antedichas ventajas son provistas de una forma más sencilla y directa por la concepción unitaria del leasing financiero, en la que no es necesaria una cláusula como la que analizamos, ya que el usuario resulta directamente legitimado para accionar contra el proveedor habida cuenta de la relación contractual que existe entre ellos.⁶⁰¹

22. 2. 2.- Calificación mayoritariamente propuesta: subrogación convencional.

La doctrina y la jurisprudencia en España han entendido que la cláusula de subrogación en el contrato de leasing es válida⁶⁰² y se corresponde con la subrogación

injustamente lesiva que iría contra el principio básico de la buena fe (art. 1.258 del Código Civil) y violaría el orden público (art. 1.255 CC). Asimismo, REAL PÉREZ, ob. cit. (*El incumplimiento...*), p. 415 afirma que la exoneración sin subrogación provocaría una situación de enriquecimiento injusto a favor de la empresa de leasing. En contra de la posición aquí expuesta, ver SAP de Murcia de 19 de octubre de 1994 (AC 1994/1813), que negó legitimación a un usuario para dirigirse contra el proveedor, aun cuando entendió que el contrato de leasing no contenía una cláusula de subrogación. Dicha sentencia fue casada por la STS de 24 de mayo de 1999 (RJ 1999/3927), donde el Tribunal Supremo señala que esta situación conduciría a una “intolerable indemnidad del vendedor y a un desamparo odioso del usuario”.

⁵⁹⁹ GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, ob. cit., p. 317; GARCÍA GARNICA, ob. cit., (*Comentario...*), p. 791-792; MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, ob. cit., p. 228.

⁶⁰⁰ GARCÍA GARNICA, ob. cit. (*El régimen jurídico...*), p. 200; GARCÍA GARNICA, ob. cit., (*Comentario...*), p. 791-792.

⁶⁰¹ CHULIA VICENT y BELTRÁN ALANDETE, ob. cit., p. 52. Ver más detalles *infra* N° 27.4.4.

⁶⁰² En Tribunal Supremo así lo ha reconocido en varias sentencias. Ver, por ejemplo, STS de 21 de enero de 2002 (RJ 2002/19); STS de 21 de diciembre de 2001 (RJ 2002/250) y STS de 2 de diciembre de 1999 (RJ 1999/9477), que afirman que la cláusula de “cesión de acciones” es usual y completamente normal en esta clase de contratos; STS de 24 de mayo de 1999 (RJ 1999/3927); STS de 26 de febrero de 1996 (RJ 1996/1264). En contra, ver STS de 13 de noviembre de 1995 (RJ 1995/8601), que confirmó la nulidad de una cláusula de subrogación pronunciada por el Tribunal de instancia, ya que con ello se harían sinónimas acción directa y acción subrogatoria, sin serlo. Contra la solución de la sentencia se pronuncian AGUILAR RUIZ, ob. cit., p. 177; BUITRAGO RUBIRA, ob. cit. (*El Leasing mobiliario...*), p. 202-203; REAL PÉREZ, ob. cit. (*El incumplimiento...*), p. 421. Por su parte, y desde la acera de la concepción unitaria del leasing financiero, GORGONI, ob. cit. (*Ancora...*), p. 1.366 (especialmente Nota N° 12) cuestiona la validez de esta cláusula sin que se

convencional del art. 1.209 CC español.⁶⁰³ Por su parte, un grupo muy minoritario de autores fundamenta la cláusula de subrogación en la libertad contractual que reconoce el art. 1.255 CC español, aunque luego al hacer el análisis reconducen su naturaleza hacia la subrogación convencional, con lo que se llega al mismo resultado.^{604 605}

transfiera paralelamente la posición sustancial de comprador, y sin ningún tipo de limitación ni control sustancial, lo que hace difícil analizar en concreto cuáles son las acciones que puede o no puede ejercitar el usuario contra el proveedor.

⁶⁰³ BUITRAGO RUBIRA, ob. cit. (*El Leasing mobiliario...*), p. 201; CABANILLAS SÁNCHEZ, ob. cit. (*La naturaleza...*), p. 63; CABANILLAS SÁNCHEZ, ob. cit. (*La configuración...*), p. 1.007, aunque con referencia al art. 1.212 CC español, que consagra el efecto de la subrogación; CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, ob. cit., p. 334, sin citar el art. 1.209, pero hablando de subrogación convencional expresamente pactada; CHULIA VICENT y BELTRÁN ALANDETE, ob. cit., p. 53; GARCÍA GARNICA, ob. cit., (*Comentario...*), p. 792, que sin citar el art. 1.209, habla de subrogación convencional; GARCÍA SOLÉ, ob. cit. (*La subrogación...*), p. 1.070; GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*Leasing financiero mobiliario...*), p. 194; GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*En torno...*), p. 1.778 y 1.780; GUTIÉRREZ GILSANZ, ob. cit., p. 116; LÓPEZ FRÍAS, ob. cit. (*Los contratos conexos...*), p. 120-121, que no cita el art. 1.209, pero habla de subrogación convencional y razona sobre esta base; MARTÍNEZ MARTÍN, ob. cit., p. 603; RODRÍGUEZ ROVIRA, ob. cit., p. 1.181, aunque sin mención expresa del art. 1.209; SÁNCHEZ-PARODI PASCUA, ob. cit., p. 153; VARA DE PAZ, ob. cit., p. 196, sin mención del art. 1.209, pero hablando de subrogación convencional en los mismos términos que los demás adherentes a esta calificación. En cuanto a la jurisprudencia, se pronuncian en este sentido, SAP de Girona de 11 de julio de 2000 (JUR 2000/295221); STSJ de Navarra de 22 de mayo de 1992 (RAJ 1992/6198). Ver también STS de 23 de diciembre de 1999 (RJ 1999/9360); STS de 24 de mayo de 1999 (RJ 1999/3927); STS de 26 de febrero de 1996 (RJ 1996/1264); SAP de Girona de 12 de marzo de 2010 (JUR 2010/176713), todas las cuales no citan el art. 1.209, pero hablan de “subrogación convencional expresamente pactada”. Hablan también de subrogación sin citar explícitamente el art. 1.209, SAP de Jaén de 14 de diciembre de 1994 (AC 1994/2302); STS de 10 de abril de 1981 (RJ 1981/1532).

⁶⁰⁴ GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, ob. cit., p. 317-318, que habla de cesión de acciones y de subrogación convencional, mostrándose también a favor de sentencias que fundamentan la legitimación del usuario contra el proveedor en el art. 1.209 CC español; GARCÍA GARNICA, ob. cit. (*El régimen jurídico...*), p. 201.

⁶⁰⁵ Vale la pena destacar (ya que la denominación de ambas figuras pudiera conducir a equívocos) que los partidarios de esta construcción se han preocupado de aclarar que la cláusula en cuestión no es una acción subrogatoria del art. 1.111 CC. En este sentido, BUITRAGO RUBIRA, ob. cit. (*El Leasing mobiliario...*), p. 202-203; GARCÍA GARNICA, ob. cit. (*El régimen jurídico...*), p. 201, quien señala diferencias entre ambas en la Nota N° 42; GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*En torno...*), p. 1.778; GUTIÉRREZ GILSANZ, ob. cit., p. 113-116; MARTÍNEZ MARTÍN, ob. cit., p. 602-603. Lo contrario parece haber entendido la STS de 13 de noviembre de 1995 (RJ 1995/8601), que confirmó la nulidad de una cláusula de exoneración pronunciada por el Tribunal de instancia, señalando que con ello se harían sinónimas acción directa y acción subrogatoria, sin serlo, sentencia que cuenta con comentario en contra de AGUILAR RUIZ, ob. cit., p. 177; BUITRAGO RUBIRA, ob. cit. (*El Leasing mobiliario...*), p. 202-203; GARCÍA GARNICA, ob. cit. (*El régimen jurídico...*), p. 201; GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*En torno...*), p. 1.778; MARTÍNEZ MARTÍN, ob. cit., p. 602-603.

Si la opinión mayoritaria en España fundamenta la naturaleza de la cláusula en las normas de la subrogación convencional, resulta necesario analizar las normas que regulan dicha figura, con la finalidad de ver si la realidad creada con ocasión del leasing financiero se adapta o no a tales normas. A esta tarea se dedican los siguientes puntos.

22. 2. 3.- El leasing financiero no calza con el supuesto de hecho de la subrogación.

La primera pregunta que vale la pena hacerse es si el supuesto de hecho del leasing financiero se corresponde o no con el que regulan las normas de la subrogación convencional. Para dirimir este punto se debe tener presente que la institución de la subrogación (tanto la legal como la convencional) se ha desarrollado a partir del supuesto de pago de la deuda por parte de un tercero (también denominado *solvens*), concibiéndola como un “premio” para ese tercero que paga una deuda ajena, que le permite posteriormente recuperar del deudor lo pagado en mejores condiciones jurídicas.⁶⁰⁶

Trasladando lo anterior a la situación creada con el leasing financiero debería decirse que la escena estaría protagonizada por el proveedor en el papel de deudor de las obligaciones que le corresponden como vendedor, por la empresa de leasing en el papel de acreedora de dichas obligaciones, y por el usuario en el papel de tercero o *solvens*. De esta manera, la empresa de leasing subrogaría al usuario en su lugar para que éste pueda posteriormente cobrar al proveedor las obligaciones que le corresponden como vendedor.

En este contexto, ¿puede decirse que el usuario ha pagado a la empresa de leasing una deuda que el proveedor tenía con dicha empresa en virtud del contrato de compraventa? Creo que la respuesta debe ser negativa, más aun si los partidarios de la aplicación de los arts. 1.209 y 1.212 al leasing financiero han entendido que la subrogación

⁶⁰⁶ BONDÍA ROMÁN, Fernando, *La subrogación en el crédito*. En AA.VV., “Estudios de Derecho Civil en homenaje al profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo”, Bosch, Barcelona, 1993, p. 986; DEL OLMO GARCÍA, Pedro, *Pago del tercero y subrogación*. Civitas, Madrid, 1998, p. 244-245 y 297-329, que concibe la subrogación como una garantía para el tercero; DIEZ-PICAZO, ob. cit. (Tomo II), p. 997; GALICIA AIZPURUA, Gorka, *La disciplina sobre el pago por tercero y el alcance de la subrogación*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, p. 64-65; FERNÁNDEZ VILLA, José, *El pago con subrogación: revisión del artículo 1.212 del Código Civil Español*. Comares, Granada, 1999, p. 324-325; RUBIO GARRIDO, Tomás, *La subrogación por pago. Régimen jurídico y supuestos prácticos de aplicación*. McGraw-Hill, Madrid, 1997, p. 77-79; SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, *Comentario a los artículos 1.209, 1.212 y 1.213*. En AA.VV., “Comentarios al Código Civil y compilaciones forales”, Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart (dir.), Edersa, Madrid, 1991, Tomo XVI, vol. 1, p. 779; VATTIER FUENZALIDA, Carlos, *Notas sobre la subrogación personal*. En Revista de Derecho Privado, N° 69, 1985, p. 492.

es la contrapartida de la cláusula de exoneración.⁶⁰⁷ Si se quiere ser consecuente con esta última afirmación, resulta que el usuario no sería un tercero que paga una deuda que el proveedor mantiene con la empresa de leasing, sino alguien que obtiene la subrogación como contraprestación en una relación que *él mismo* mantiene con la empresa de leasing, por lo que no se trataría del pago de una deuda ajena, sino más bien del pago de una deuda propia,⁶⁰⁸ supuesto de hecho que es ajeno al del art. 1.209. En otras palabras, la situación sería la siguiente: el usuario da algo (la exoneración) a la empresa de leasing, quien, como contraprestación, le otorga la subrogación. Sin embargo, lo que el usuario da a la empresa de leasing no es el pago de lo que el proveedor debía a dicha empresa en virtud del contrato de compraventa, sino una prestación que (en el marco de la concepción bipartita) se contiene dentro del contrato de leasing financiero que liga exclusivamente a usuario y empresa de leasing.

Además del argumento anterior pueden traerse a colación otros aspectos de la subrogación que, si bien han sido objeto de discusión por parte de la doctrina especializada, contribuyen a solventar la idea de que el supuesto de hecho que da lugar al leasing financiero no se condice con el que es propio de la subrogación convencional. Entre ellos se pueden mencionar los siguientes:

- A. Parte de la doctrina exige como requisito de la subrogación una determinada actitud del deudor (en nuestro caso el proveedor) que, si bien se discute, para algunos está constituida por su ignorancia o la falta de aprobación del pago que

⁶⁰⁷ AGUILAR RUIZ, ob. cit., p. 176; CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, ob. cit., p. 334; DÍAZ ECHEGARAY, ob. cit., p. 725; DÍAZ MUYOR, ob. cit., p. 398; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, ob. cit., p. 317; GARCÍA GARNICA (ob. cit. (*El régimen jurídico...*), p. 200-201; GARCÍA GARNICA, ob. cit., (*Comentario...*), p. 789 y 792; GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*En torno...*), p. 1.780-1.781; GONZÁLEZ VÁSQUEZ, ob. cit., p. 1.309 y 1.310; GUTIÉRREZ GILSANZ, ob. cit., p. 119; PENNETA, ob. cit. (*Leasing financiero...*), p. 1.434; SANTOS SÁNCHEZ, ob. cit., p. 478; SAP de Girona de 12 de marzo de 2010 (JUR 2010/176713); STS de 24 de mayo de 1999 (RJ 1999/3927); STS de 26 de febrero de 1996 (RJ 1996/1264); STSJ de Navarra de 22 de mayo de 1992 (RJ 1992/6198), que califica la cláusula de subrogación como "*presupuesto esencial para la validez y eficacia*" de la cláusula de exoneración, de manera que la renuncia de acciones que el usuario hace a favor de la empresa de leasing tiene su *causa* en que tales acciones podrá ejercitarlas contra el proveedor; SAT de Valencia de 2 de diciembre de 1986 (RAJ 1986/7157).

⁶⁰⁸ En este sentido se pronuncia expresamente GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*En torno...*), p. 1.781, al señalar que "*la subrogación es el precio que paga el arrendador por el cumplimiento de sus propias obligaciones (exoneración)*".

hace el tercero,⁶⁰⁹ supuestos que no calzan con los del leasing financiero, donde la subrogación se produciría con conocimiento y aceptación del deudor (proveedor).⁶¹⁰

- B. Un sector de la doctrina entiende que la subrogación sólo puede darse si el tercero subrogado (en nuestro caso el usuario) no tiene una relación jurídica previa ni con el deudor ni con el acreedor,⁶¹¹ supuesto que claramente no se daría en el leasing financiero, donde el usuario tiene una relación contractual con la empresa de leasing y además, según los mismos partidarios de la concepción bipartita, no es un “verdadero tercero” respecto del contrato de compraventa, con lo que mantendría también una suerte de relación jurídica con el proveedor.⁶¹²
- C. Por último, algunos autores estiman que la subrogación carece de viabilidad práctica cuando el crédito tiene por prestación una obligación de hacer o no hacer,⁶¹³ categoría en la que precisamente cabe gran parte de las obligaciones del proveedor a las que el usuario accede producto de la subrogación (reparar o sustituir el bien, por ejemplo).

⁶⁰⁹ Las opiniones en este punto son variadas. VATTIER FUENZALIDA, ob. cit., p. 509 estima que la subrogación convencional sólo procede cuanto el tercero no interesado paga al acreedor sin la aprobación del deudor, o ignorándolo éste. DEL OLMO GARCÍA, ob. cit., p. 391 y SANCHO REBULLIDA, ob. cit., p. 777, estiman que basta la falta de oposición expresa del deudor. FERNÁNDEZ VILLA, ob. cit. p. 322-324 y 443 opina que el pago debe hacerse ignorándolo el deudor o con oposición de éste. BONDÍA ROMÁN, ob. cit., p. 1.000; LACRUZ BERDEJO, ob. cit., p. 223; RUBIO GARRIDO, ob. cit., p. 30-32 y STS de 18 de diciembre de 1997 (RJ 1997/8819) entienden que la subrogación puede producirse cualquiera sea la actitud del deudor. CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho Civil español, común y foral*. Tomo III. Reus, Madrid, 1992 (16ª edición), p. 413-414 estima que la subrogación requiere el consentimiento o aprobación del deudor.

⁶¹⁰ Debe recordarse que uno de los argumentos que en el marco de la concepción bipartita se aduce para fundamentar la conexión entre contrato de compraventa y contrato de leasing es precisamente el conocimiento por parte del proveedor de las circunstancias en que se desarrolla la operación. Ver al efecto *supra* N° 14.2.2. Y una de las circunstancias típicas del leasing financiero es justamente la legitimación del usuario contra el proveedor por medio de la cláusula de subrogación.

⁶¹¹ VATTIER FUENZALIDA, ob. cit., p. 493. En contra, RUBIO GARRIDO, ob. cit., p. 122-124

⁶¹² Se debe recordar que éste es uno de los argumentos que en el marco de la concepción bipartita se dan para intentar compatibilizar la conexión contractual y el principio de efecto relativo de los contratos. Ver al efecto *supra* N° 16.

⁶¹³ BONDÍA ROMÁN, ob. cit., p. 993; GALICIA AIZPURUA, ob. cit., (*La disciplina...*), p. 59; VATTIER FUENZALIDA, ob. cit., p. 510-511. En contra, RUBIO GARRIDO, ob. cit., p. 129-130.

Producto de todo lo anterior se puede colegir que el supuesto de hecho del leasing financiero no tiene correlato con el que da lugar a las normas de subrogación convencional (pago de una deuda por parte de un tercero), lo que debería conducir a la conclusión de que, no siendo el que analizamos un caso de auténtica subrogación, no se le pueden aplicar los arts. 1.209 y 1.212 CC.⁶¹⁴

Sin embargo, en contra de esta conclusión podría argumentarse⁶¹⁵ que la cláusula en análisis es en realidad un pacto de subrogación *sui generis*, creado por las partes del contrato de leasing para un supuesto de hecho distinto al de las normas antes citadas, con una reglamentación exclusivamente convencional y con un contenido y efectos distintos de los contemplados tales normas; y que el hecho de que en la doctrina, en la jurisprudencia y en la práctica mercantil se emplee la palabra “subrogación” no quiere decir que se trate de un caso de auténtica subrogación, sino que dicha palabra se estaría empleando en su sentido “vulgar”.⁶¹⁶

Creo que tal justificación debe descartarse en base a varios antecedentes: **A)** Se ha discutido si es o no posible pactar subrogación fuera de los casos establecidos en la ley,⁶¹⁷ lo que constituye un primer gran obstáculo a esta construcción. **B)** Nadie en el ámbito de la concepción bipartita del leasing financiero ha planteado semejante argumento. Por el contrario, y como se ha visto, la abrumadora mayoría de la doctrina y de la jurisprudencia fundamenta expresamente la naturaleza jurídica de la cláusula en los arts. 1.209 y 1.212

⁶¹⁴ Como se verá *infra* N° 22.2.8, tampoco resulta aplicable el art. 1.213 CC (que al regular la subrogación parcial podría entenderse que se aplica a la cláusula de subrogación específica), precisamente porque dicha norma resuelve el supuesto de pago de una deuda dineraria por parte de un tercero al acreedor, lo que no calza con el supuesto de hecho del leasing financiero.

⁶¹⁵ Debo aclarar que no existe argumentación de este tipo en el marco de la concepción bipartita del leasing financiero, ya que se suele argumentar que la cláusula en cuestión ES una subrogación convencional del art. 1.209 CC. Se trata más bien de un argumento que busco con la finalidad de teorizar alguna explicación a la continua invocación a la subrogación que se hace por la doctrina y la jurisprudencia predominantes.

⁶¹⁶ BONDÍA ROMÁN, ob. cit., p. 995-997 y VATTIER FUENZALIDA, ob. cit., p. 491-493 observan que en ocasiones se utiliza el término “subrogación” en sentido vulgar o corriente, como equivalente a “sustitución de una persona en el lugar de otra”, expresión tan amplia que abarca todos los casos de transmisión de obligaciones y créditos, tales como la cesión de créditos, la asunción de deudas o la cesión de contratos.

⁶¹⁷ A favor se pronuncia SANCHO REBULLIDA, ob. cit., p. 776. En contra se pronuncia VATTIER FUENZALIDA, ob. cit., p. 493, quien opina que en el ordenamiento español la subrogación sólo tiene lugar en su sentido técnico (producto del pago de una deuda ajena), por lo que el concepto vulgar de es solamente teórico.

CC, lo que implica entender (erróneamente a mi juicio) que se trata de un caso de subrogación auténtica. Si la doctrina y/o la jurisprudencia estimasen que la cláusula constituye un pacto de subrogación *sui generis* no deberían recurrir a dichas normas, sino al art. 1.255 CC, que si bien es citado por algunos escasos autores, queda como un argumento vacío cuando se termina hablando de subrogación convencional, razonando sobre esa base e incluso citando el art. 1.209.⁶¹⁸ C) Si se entendiese que la cláusula de subrogación tiene carácter *sui generis*, deberían las partes regular con suma acuciosidad su contenido y efectos, ya que al no descansar el pacto sobre una base legal específica que determine tales extremos, se produce una grave incertidumbre al momento de intentar aplicar una normativa legal subsidiaria de la voluntad de las partes para integrar los vacíos de la regulación convencional (¿se aplicarán al pacto las normas de la subrogación, de la cesión de créditos, de la cesión de contrato?). Sin embargo, como se ha visto, las cláusulas incluidas en la práctica suelen ser bastante escuetas y genéricas,⁶¹⁹ de lo que se desprende que las partes (apoyadas por la doctrina y la jurisprudencia mayoritarias) entienden que están subrogando en base a los arts. 1.209 y 1.212 CC, sin reparar que están haciendo referencia a una reglamentación que no es aplicable al supuesto de hecho que están regulando.

Descartada la posibilidad de que la cláusula en análisis sea *sui generis* en base a su regulación exclusivamente contractual, podría encontrarse una explicación⁶²⁰ a la continua cita de los arts. 1.209 y 1.212 CC argumentando que lo que las partes realmente hacen en el leasing financiero es (en uso de la libertad contractual que les reconoce el art. 1.255) hacer aplicables las normas de la subrogación convencional a un supuesto de hecho para el que

⁶¹⁸ Ver *supra* N° 22.2.2.

⁶¹⁹ Ver *supra* N° 22.2.1, donde se evidenció que en la práctica la mayoría de las cláusulas caen dentro de lo que aquí se ha denominado “cláusula de subrogación genérica”, donde las partes se limitan a declarar que el usuario queda subrogado en la posición de la empresa de leasing, con una que otra mención adicional, pero sin regular expresamente, por ejemplo, las acciones que podrá ejercitar el usuario, en qué condiciones podrá hacerlo, si necesitará o no la concurrencia o consentimiento de la empresa de leasing, las consecuencias del ejercicio de acciones por parte del usuario (por ejemplo, la restitución en caso de resolución del contrato de compraventa), etc.

⁶²⁰ Nuevamente debo aclarar que nadie en el marco de la concepción bipartita del leasing financiero ha planteado este argumento, sino que se trata de una creación propia hecha con la finalidad de encontrar alguna explicación que desde el punto de vista jurídico justifique, aunque sea de manera mínima, la continua invocación de los arts. 1.209 y 1.212 CC para sustentar la cláusula de subrogación.

la ley no las contempló, es decir, a una subrogación que no provenga del pago de la deuda por parte de un tercero. Sin embargo, como se vio anteriormente, esta posibilidad ha sido objeto de discusión en doctrina, por lo que para llegar a la conclusión expuesta deberíamos entender que los partidarios de la concepción bipartita del leasing financiero adhieren a la tesis de que los arts. 1.209 y 1.212 CC son también aplicables a supuestos de hecho distintos al pago de deudas ajenas (cosa que también debemos subentender, ya que nadie lo dice). Sólo suponiendo que ese es el sentido que tiene la invocación de los arts. 1.209 y 1.212 CC, podemos seguir adelante con el análisis de otros aspectos de la aplicación de dichas normas al leasing financiero. En caso de no admitirse esta interpretación enrevesada e indirecta de la voluntad de las partes, debería detenerse en este punto el análisis, por entender que la cláusula de subrogación carece de validez.

22. 2. 4.- Conflictos con el requisito formal de la subrogación convencional.

En virtud de lo dispuesto en el art. 1.209 CC, la subrogación convencional “*no puede presumirse*”, y las partes deben “*establecerla con claridad para que produzca efecto*”, requisito que ha sido interpretado mayoritariamente en el sentido de que la subrogación convencional debe ser pactada de forma expresa.⁶²¹

El requisito en análisis ha cobrado relevancia en aquellos casos en que el contrato de leasing contiene la cláusula de exoneración mas no la de subrogación.⁶²² Si bien algún autor ha defendido la licitud del contrato pactado en estas circunstancias, con el objeto de proteger los intereses de la empresa de leasing (principalmente evitar que por medio de la

⁶²¹ BONDÍA ROMÁN, ob. cit., p. 999; CASTÁN TOBEÑAS, ob. cit. T. III, p. 451; CHULIA VICENT y BELTRÁN ALANDETE, ob. cit., p. 53; DEL OLMO GARCÍA, ob. cit., p. 392 y 394, agregando que en base al art. 1.209 puede establecerse una presunción favorable a la cesión del crédito, en caso de que la subrogación no sea pactada con claridad; DIEZ-PICAZO, ob. cit. (Tomo II), p. 997; FERNÁNDEZ VILLA, ob. cit., p. 460; LACRUZ BERDEJO, ob. cit., p. 221. En el ámbito del leasing financiero ver BUITRAGO RUBIRA, ob. cit. (El *Leasing mobiliario...*), p. 201; DE LA CUESTA RUTE, ob. cit. (Reflexiones...), p. 576; GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (Leasing financiero mobiliario...), p. 194-195; GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (En torno...), p. 1.783; GUTIÉRREZ GILSANZ, ob. cit., p. 164; SANTOS SÁNCHEZ, ob. cit., p. 479 y 480, aunque sin referencia al art. 1.209 CC. En contra, RUBIO GARRIDO, ob. cit., p. 93-94, quien afirma que la norma no ha exigido la manifestación legal expresa, por lo que deben aplicarse las normas generales de manifestación de la voluntad.

⁶²² Sin perjuicio de los casos que se verán a continuación, ver FRADEJAS RUEDA, ob. cit., p. 248 y GUTIÉRREZ GILSANZ, ob. cit., p. 162, nota 232, donde se reportan casos de formularios de leasing financiero utilizados en la práctica donde se da la situación que comento.

resolución de la compraventa se resuelva el contrato de leasing),⁶²³ es evidente que tal solución provoca una situación injusta para el usuario, que no podría dirigirse ni contra el proveedor (ya que de acuerdo a la concepción bipartita no es parte del contrato de compraventa y debido a la ausencia de cláusula de subrogación no encuentra la legitimación necesaria para ejercitar las acciones del comprador en dicho contrato) ni contra la empresa de leasing (en virtud de la cláusula de exoneración),⁶²⁴ debido a lo cual la doctrina y la jurisprudencia han reaccionado con argumentos en contra. Podemos agrupar a los autores y sentencias que abordan el tema en dos posiciones: estimar nula la cláusula de exoneración, debiendo responder la empresa de leasing,⁶²⁵ o entender la cláusula de subrogación implícitamente incluida en el contrato.⁶²⁶

⁶²³ En este sentido, CHAMORRO POSADA, ob. cit., p. 203 y 214, aunque hace la salvedad en cuanto al supuesto en que la empresa de leasing actúe con dolo.

⁶²⁴ MARÍN LÓPEZ, ob. cit. (*Comentario a la STS de 24 de mayo de 1999*), p. 1.149. Esta situación se produjo en el supuesto de hecho que dio lugar a la SAP de Murcia de 19 de octubre de 1994 (AC 1994/1813), que negó legitimación a un usuario para dirigirse contra el proveedor, aun cuando entendió que el contrato de leasing no contenía una cláusula de subrogación. Dicha sentencia fue casada por la STS de 24 de mayo de 1999 (RJ 1999/3927), donde el Tribunal Supremo señala que la exoneración sin subrogación implica la existencia de un “*pacto arbitrario y sin contrapartidas, dentro de un contrato oneroso en el que la interpretación ha de venir imperada por el equilibrio de las prestaciones recíprocas*”, lo que se traduce en una “*intolerable indemnidad del vendedor y a un desamparo odioso del usuario*” que “*conduce a la más absoluta indefensión y propicia toda suerte de fraudes y abusos contra el usuario*”. Cabe hacer notar, sin perjuicio de todo lo anterior, que el contrato de leasing contenía una cláusula de subrogación, aunque al parecer su redacción era muy ambigua, lo que llevó a la Audiencia Provincial a estimar que no existía subrogación, estimación que el Tribunal Supremo calificó como error *in iudicando*, al entender que, interpretado así el contrato (es decir, conteniendo la exoneración sin la subrogación), se producía el resultado antes señalado.

⁶²⁵ En este sentido, GUTIÉRREZ GILSANZ, ob. cit., p. 164-166; MARÍN LÓPEZ, ob. cit. (*Comentario a la STS de 24 de mayo de 1999*), p. 1.148 y 1.150; MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, ob. cit., p. 228; ROJO AJURIA, ob. cit. (*La responsabilidad...*), p. 2.031, quien propone que si se absuelve al proveedor por falta de legitimación pasiva, se debe resolver el contrato de leasing, obligando a la empresa de leasing a actuar contra el proveedor. Ver, asimismo, la STS de 24 de mayo de 1999 (RJ 1999/3927), que, sin perjuicio de estimar implícita la cláusula de subrogación (como se verá en la nota siguiente), señala que frente a un caso en que se hubiere pactado exoneración sin subrogación “*la cláusula de exoneración habría de entenderse abusiva y nula y habría de responder, en primer lugar, el arrendador financiero*”. En contra de la solución aquí expuesta se pronuncia LÓPEZ FRÍAS, ob. cit. (*Sentencia...*), p. 113.

⁶²⁶ En este sentido, ver la STS de 24 de mayo de 1999 (RJ 1999/3927), que fundamentó esta solución en base al art. 1.287 del Código Civil “*teniendo en cuenta el uso o costumbre ya difundido de la incorporación de la expresada cláusula, cuya omisión debe suplirse considerándola implícitamente puesta por ser de aquellas que “de ordinario suelen establecerse” en relaciones contractuales de esta naturaleza*”, con comentario positivo de GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*Leasing financiero mobiliario...*), p. 195; GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*En torno...*), p. 1.784, y con comentario negativo en este punto de MARÍN LÓPEZ, ob. cit. (*Comentario a la STS de 24 de mayo de 1999*), p. 1.148; MARTÍNEZ

Ninguna de las dos soluciones me parece apropiada. La primera ya fue objeto de comentario negativo por conducir a resultados insatisfactorios y porque echa por tierra el fundamento de las cláusulas de exoneración/subrogación, que es mantener el carácter financiero de la actuación de la empresa de leasing.⁶²⁷ La segunda, porque con ella se infringe abiertamente el requisito exigido en el art. 1.209 en cuanto a que la cláusula de subrogación no puede presumirse y (según la opinión abrumadoramente mayoritaria) debe ser pactada expresamente, con lo que se viola la misma norma argüida para fundamentar la naturaleza jurídica de la subrogación.

En este punto queda nuevamente en evidencia la debilidad de la construcción jurídica hecha a partir de la concepción bipartita y su forma de legitimar al usuario contra el proveedor.

22. 2. 5.- Efecto injustificadamente amplio atribuido a la cláusula.

Si se quiere fundamentar la naturaleza jurídica de la cláusula que analizamos en las normas de la subrogación convencional, debe concluirse que los efectos de dicha cláusula son los señalados en el art. 1.212 CC,⁶²⁸ según el que *“la subrogación transfiere al subrogado el crédito con los derechos a él anexos, ya contra el deudor, ya contra los terceros, sean fiadores o poseedores de las hipotecas.”*

GUTIÉRREZ, ob. cit., p. 231, que evidencia la contradicción en que incurre el Tribunal en la misma sentencia respecto de la fuente de la cláusula de exoneración, ya que en una parte da a entender que su fuente está en el pacto, mientras que en otra da a entender que su fuente está en los usos comerciales. Por su parte, REAL PÉREZ, ob. cit. (*El incumplimiento...*), p. 415-416 fundamenta la misma solución que comentamos en el art. 1.258 del Código Civil (en tanto dispone que los contratos obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley), considerando que por haber adquirido el leasing tipicidad social, la cláusula de subrogación forma parte de su contenido social típico, constituyendo un “elemento intrínseco” del leasing financiero.

⁶²⁷ Ver *supra* N° 22.1.4.

⁶²⁸ Parece haber acuerdo en cuanto a que el art. 1.212 señala los efectos tanto de la subrogación legal como de la convencional. En este sentido, BONDÍA ROMÁN, ob. cit., p. 1.012; DEL OLMO GARCÍA, ob. cit., p. 365, quien concibe la subrogación convencional como la subrogación legal obtenida por pacto; DIEZ-PICAZO, ob. cit. (Tomo II), p. 1002; GALICIA AIZPURUA, ob. cit. (*La disciplina...*), p. 45-68; LACRUZ BERDEJO, ob. cit., p. 227; RUBIO GARRIDO, ob. cit., p. 133, Nota N° 6; SANCHO REBULLIDA, ob. cit., p. 789.

A pesar de su aparente claridad, la norma transcrita ha dado lugar a interpretaciones sobre su sentido y alcance. Para los efectos que aquí interesan, las posiciones pueden ser agrupadas de la siguiente forma:

- A. Una primera posición, que denominaré amplia, interpreta el art. 1.212 de forma literal, como una *transmisión de la titularidad del crédito* (del mismo crédito⁶²⁹) en las mismas condiciones que tenía antes de la subrogación, es decir, con todos sus derechos y prestaciones accesorias o inherentes, como las garantías, privilegios y derecho a los intereses. Esta es la tesis que otorga mayores atribuciones al subrogado (en nuestro caso al usuario) y es la que parece concitar mayores apoyos tanto en la doctrina⁶³⁰ como en la jurisprudencia.⁶³¹
- B. Una segunda posición, que denominaré restringida, estima que la subrogación convencional *no produce la transferencia de la titularidad del crédito*, ya que éste se *extingue* con el pago que el subrogado hace al acreedor, por lo que la subrogación sólo transfiere al *solvens*/subrogado (en nuestro caso al usuario) determinados derechos accesorios con que contaba el crédito original extinguido, como las garantías y privilegios, con la única finalidad de reforzar el derecho de reembolso (derecho de crédito nuevo y autónomo) que tiene el subrogado contra el deudor para recuperar lo que pagó al acreedor.^{632 633}

⁶²⁹ Vale la pena destacar que esta corriente doctrinaria estima que lo transmitido es *el mismo crédito* del acreedor original, lo que constituye un elemento diferenciador con la posición restringida, según la que el crédito original se extingue, dando lugar a un *nuevo crédito* del acreedor subrogado contra el deudor.

⁶³⁰ ALBALADEJO, ob. cit., p. 346; BONDÍA ROMÁN, ob. cit., p. 979-983 y 1.012-1.015, para quien la subrogación es una sucesión jurídica a título particular inter vivos en la titularidad activa de la relación obligatoria, permaneciendo la obligación inalterada en los demás; CASTÁN TOBEÑAS, ob. cit. T. III, p. 450 y 452-453; CHULIA VICENT y BELTRÁN ALANDETE, ob. cit., p. 53; DIEZ-PICAZO, ob. cit. (Tomo II), p. 1.002; DIEZ-PICAZO y GULLÓN, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, Tomo I: El contrato en general. La relación obligatoria. Tecnos, Madrid, 2012 (10º edición), p. 245; ESPÍN CÀNOVAS, ob. cit., p. 327-329; LACRUZ BERDEJO, ob. cit., p. 221 y 227; RUBIO GARRIDO, ob. cit., p. 39-44, 149 y 158-174; SANCHO REBULLIDA, ob. cit., p. 774-779 y 789; VATTIER FUENZALIDA, ob. cit., p. 513-514.

⁶³¹ STS de 11 de noviembre de 1991 (RJ 1991/8152); STS de 15 de noviembre de 1990 (1990/8948); STS de 13 de febrero de 1988 (RJ 1988/1985); STS de 29 de mayo de 1984 (RJ 1984/2804); STS de 11 de enero de 1983 (RJ 1983/163).

⁶³² CAÑIZARES LASO, Ana, *El pago con subrogación*. Civitas, Madrid, 1996, p. 76-77 y 131-136; FERNÁNDEZ VILLA, ob. cit. p. 317-336 y 468-472, que concibe la subrogación como una medida de gracia que la ley concede al que paga por otro para reforzar su derecho de reembolso; GALICIA AIZPURUA, ob. cit. (*La disciplina...*), p. 51-64 y 140-143.

La antedicha discrepancia respecto del efecto de la subrogación no es tomada en cuenta cuando se aplican los efectos del art. 1.212 al leasing financiero. Muy por el contrario tanto la doctrina como la jurisprudencia parecieran adherir sin mayor argumentación a la tesis que he denominado amplia, aunque sin explicitar que están adhiriendo a ella,⁶³⁴ sin siquiera mencionar las distintas alternativas de interpretación del art. 1.212 y menos aun los argumentos que permitirían descartar la posición más restringida acerca de los efectos de la subrogación. No obstante lo expuesto, se obviará esta crítica, bajo la presuposición de que la doctrina y la jurisprudencia relativa al leasing pueden haber adherido legítimamente a la tesis amplia de la subrogación, y el hecho de que la otra posición ni siquiera sea mencionada en el análisis se deba a que es desechada de plano (aunque sería de esperar algún argumento para llegar a esta conclusión).

Descartada del análisis (reitero, sin fundamento) la tesis restringida, toca analizar si los efectos que la doctrina y la jurisprudencia partidarias de la concepción bipartita del leasing financiero atribuyen a la cláusula de subrogación se condicen o no con los efectos que tiene el art. 1.212 de acuerdo con la tesis amplia de la subrogación convencional.

A este respecto, la mayoría de la doctrina y jurisprudencia entiende que el usuario puede ejercitar contra el proveedor todos los derechos y acciones que a la empresa de leasing corresponden en virtud del contrato de compraventa, en las mismas condiciones

⁶³³ DEL OLMO GARCÍA, ob. cit., p. 244-245 y 297-329, sostiene una posición que podríamos calificar como intermedia, ya que estima que si bien se transmite el crédito al subrogado, *dicha transmisión no se produce en las mismas condiciones que el crédito tenía originalmente* (lo que, se afirma, acercaría la figura a una cesión de crédito), sino que el subrogado adquiere el crédito sólo como garantía que le permite reforzar el derecho personal que tendrá para cobrar al deudor lo que ha pagado al acreedor. Al efecto explica que el *solvens*, al haber pagado al acreedor, adquiere un derecho personal contra el deudor para recuperar lo pagado, derecho que la ley o el acreedor (en el caso de la subrogación convencional) refuerza con la transferencia del crédito, que el tercero adquiere en calidad de accesorio y en garantía de ese derecho personal.

⁶³⁴ A pesar de que nadie lo dice, es de asumir que adhieren a esta tesis por la amplitud de la legitimación que atribuyen al usuario para accionar contra el proveedor (que no es compatible con las demás tesis sobre el efecto del art. 1.212), y porque algunos autores citan a Díez-Picazo, que es partidario de esta posición amplia. En este sentido ver, por ejemplo, GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*En torno...*), p. 1.780-1.781; GUTIÉRREZ GILSANZ, ob. cit., p. 118; SÁNCHEZ-PARODI PASCUA, ob. cit., p. 153.

que podría hacerlo dicha empresa como compradora,⁶³⁵ otorgando de este modo una amplísima legitimación al usuario.

Frente a esta afirmación creo conveniente hacer dos observaciones:

Por una parte, debe tenerse presente que al tratarse en este caso de una subrogación convencional, las partes podrían alterar los efectos del art. 1.212. Sin embargo, parece haber acuerdo en que el consentimiento del subrogado (usuario) y del acreedor primitivo (empresa de leasing) es válido para restringir los efectos legales, pero no para ampliarlos, ya que en este caso sería necesaria la voluntad del deudor (proveedor) y de los terceros que resulten afectados.⁶³⁶ Por lo demás, en caso de ampliación de los efectos del art. 1.212 se correría el riesgo de dar lugar a una novación que extinga la obligación original y dé lugar a una nueva obligación,⁶³⁷ situación que no es la buscada por las partes en el leasing financiero⁶³⁸ y que echaría por tierra toda la construcción que se ha hecho de la cláusula de subrogación a partir de las normas de la subrogación convencional. En base a lo anterior, puede decirse que las partes del contrato de leasing propiamente dicho podrían limitar los efectos de la exoneración reduciendo el número de acciones que el usuario podrá ejercitar contra el proveedor, pero no ampliando los (ya muy amplios) efectos que se atribuyen al art. 1.212.

Por otra parte, cabe observar que con la ya citada afirmación de que el usuario (subrogado) puede ejercitar todos los derechos de la empresa de leasing (acreedor

⁶³⁵ CABANILLAS SÁNCHEZ, ob. cit. (*La configuración...*), p. 1.007; CHULIA VICENT y BELTRÁN ALANDETE, ob. cit., p. 53; GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*Leasing financiero mobiliario...*), p. 195-196; GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*En torno...*), p. 1.780-1.781; GUTIÉRREZ GILSANZ, ob. cit., p. 113 y 116-120; MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, ob. cit., p. 225-226; VARA DE PAZ, ob. cit., p. 196; SAP de Girona de 12 de marzo de 2010 (JUR 2010/176713); STS de 23 de diciembre de 1999 (RJ 1999/9360); STS de 24 de mayo de 1999 (RJ 1999/3927); STS de 26 de febrero de 1996 (RJ 1996/1264); SAP de Girona de 11 de julio de 2000 (JUR 2000/295221); STSJ de Navarra de 22 de mayo de 1992 (RAJ 1992/6198). Como consecuencia de lo anterior, se dice que los términos en que el usuario se puede dirigir contra el proveedor son los que se desprendan del contrato de compraventa que éste celebró con la empresa de leasing, sin que puedan hacerse valer como argumento para solicitar la resolución de dicho contrato los acuerdos previos a que haya llegado el usuario con el proveedor. En este sentido, GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*Leasing financiero mobiliario...*), p. 196; GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*En torno...*), p. 1.781.

⁶³⁶ DIEZ-PICAZO, ob. cit. (Tomo II), p. 1.002; SANCHO REBULLIDA, ob. cit., p. 789; VATTIER FUENZALIDA, ob. cit., p. 509-510. En similar sentido, DEL OLMO GARCÍA, ob. cit., p. 369-370.

⁶³⁷ VATTIER FUENZALIDA, ob. cit., p. 509.

⁶³⁸ El efecto buscado es justamente que el usuario actúe como acreedor de la *misma* obligación que tiene el proveedor con la empresa de leasing en virtud del contrato de compraventa.

primitivo), resulta que el amplísimo efecto atribuido a la subrogación puede llegar a confundirse con los efectos propios de dos instituciones más o menos próximas: la cesión de contrato y la cesión de crédito. Ello nos obliga a analizar brevemente dichas instituciones a fin de ver en qué medida el efecto atribuido a la subrogación del usuario en la posición de la empresa de leasing se distingue (o no) de aquellos casos.

22. 2. 6.- *El amplísimo efecto atribuido a la cláusula confunde la subrogación con la cesión de contrato y/o con la cesión de crédito.*

Subrogación y cesión de contrato.

La cesión del contrato no está regulada expresamente en el Código Civil español, pero se ha entendido que su pacto es posible al amparo de la libertad contractual otorgada por el art. 1.255.⁶³⁹

Si bien alguna doctrina⁶⁴⁰ y en alguna ocasión el Tribunal Supremo⁶⁴¹ han llegado a identificar los efectos de la cesión de contrato con los de la subrogación, se trata

⁶³⁹ NAVARRO PÉREZ, José Luis, *La cesión de créditos en el Derecho Civil español*. Ibarra de Arce, Córdoba, 1998 (2ª edición), p. 42; RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, ob. cit., p. 74; STS de 22 de mayo de 2014 (RJ 2014/2949); STS de 21 de junio de 2013 (RJ 2013/4980); STS de 14 de junio de 2011 (RJ 2011/4529); STS de 3 de noviembre de 2008 (RJ 2008/5886); STS de 9 de julio de 2003 (RJ 2003/4619); STS de 23 de octubre de 1984 (RJ 1984/4972); STS de 26 de noviembre de 1982 (RJ 1982/6933).

⁶⁴⁰ Así parecen entenderlo NAVARRO PÉREZ, ob. cit., p. 83, quien señala como diferencia entre la cesión de créditos y la subrogación que en esta última “*la sustitución se verifica no sólo en la titularidad activa de la obligación, sino también en la integridad de la posición jurídica del primitivo acreedor*”, en base al art. 1.212; VATTIER FUENZALIDA, ob. cit., p. 513, al afirmar que por efecto del art. 1.212 CC español se produce un “*subingresso pleno, con eficacia ultra partes, que se debe extender tanto al contenido activo como al contenido pasivo de las titularidades transmitidas, esto es, no sólo abarca los derechos y facultades del acreedor, sino, además, los deberes y cargas que son inherentes a su posición en el cuadro total de la relación obligatoria*”. En contra de esta opinión, ver RUBIO GARRIDO, ob. cit., p. 165-166.

⁶⁴¹ STS de 7 de noviembre de 1988 (RJ 1988/8421), donde se expresa que la subrogación a final del cuentas produce la cesión del contrato. Así parece entenderlo también en STS de 13 de febrero de 1988 (RJ 1988/1985), que incurre en una confusa mezcla de términos, ya que si bien aplica el art. 1.212 CC español, referido a la subrogación, habla en varios pasajes de “cesión de créditos”, pero parece aplicar los efectos de la cesión de contrato, al afirmar, por ejemplo, que con la cesión “*hay un cambio en los elementos personales de la relación jurídica de tal forma que el subrogado o asumiente juntamente con el cedido pasan a constituir sus nuevos elementos de dicho orden, de la que por tanto desaparece el cedente, pero bien entendido que es lo único que cambia, pues en lo demás la obligación queda inalterable o invariable en su total contenido y características*”.

claramente de instituciones distintas.⁶⁴² Como diferencias entre ambas se han señalado las siguientes: **A)** En la cesión de contrato se transfiere la entera posición contractual, por lo que se transfiere la titularidad activa y pasiva derivada de la calidad de contratante.⁶⁴³ En la subrogación, en cambio, se discute lo transferido según si se adopta la tesis amplia, intermedia o restringida que ya se han expuesto. En el marco de la tesis amplia (caso en que se ve más difusa la distinción) se dice que la subrogación no transmite la posición contractual, sino sólo el crédito, es decir, el lado activo de la posición contractual.⁶⁴⁴ **B)** La cesión de contrato requiere del consentimiento del contratante cedido,⁶⁴⁵ requisito que no se requiere en la subrogación.⁶⁴⁶

Por mi parte, creo que en el caso del leasing financiero la intención de las partes no es pactar una cesión de la posición contractual de la empresa de leasing al usuario.⁶⁴⁷

⁶⁴² Ver en este sentido la aclaración que hace la STS de 22 de mayo de 2014 (RJ 2014/2949), al decir que “*por más que no se emplee la palabra correcta de cesión de contrato, sino la incorrecta de “subrogación”...*”.

⁶⁴³ CLAVERÍA GOSÁLBEZ, Luis-Humberto, *Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 1984*. En Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, N° 6, septiembre-diciembre 1984, p. 2.033-2.035; HIDALGO GARCÍA, ob. cit., p. 22; NAVARRO PÉREZ, ob. cit., p. 89; RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, ob. cit., p. 75 y 81; STS de 22 de mayo de 2014 (RJ 2014/2949); STS de 21 de junio de 2013 (RJ 2013/4980); STS de 14 de junio de 2011 (RJ 2011/4529); STS de 26 de mayo de 2011 (RJ 2011/3987); STS de 3 de noviembre de 2008 (RJ 2008/5886); STS de 29 de junio de 2006 (RJ 2006/5394); STS de 9 de julio de 2003 (RJ 2003/4619); STS de 5 de marzo de 1994 (RJ 1994/1653); STS de 23 de octubre de 1984 (RJ 1984/4972); STS de 26 de noviembre de 1982 (RJ 1982/6933).

⁶⁴⁴ RUBIO GARRIDO, ob. cit., p. 15 y 166.

⁶⁴⁵ HIDALGO GARCÍA, ob. cit., p. 22; NAVARRO PÉREZ, ob. cit., p. 41 y 89; REPRESA POLO, María Patricia, *La cesión de créditos: Eficacia entre las partes y respecto de terceros*. Edisofer, Madrid, 2011, p. 78; RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, ob. cit., p. 75-76; STS de 22 de mayo de 2014 (RJ 2014/2949); STS de 21 de junio de 2013 (RJ 2013/4980); STS de 14 de junio de 2011 (RJ 2011/4529); STS de 26 de mayo de 2011 (RJ 2011/3987); STS de 3 de noviembre de 2008 (RJ 2008/5886); STS de 29 de junio de 2006 (RJ 2006/5394); STS de 9 de julio de 2003 (RJ 2003/4619); STS de 6 de marzo de 2003 (RJ 2003/1826); STS de 5 de marzo de 1994 (RJ 1994/1653); STS de 23 de octubre de 1984 (RJ 1984/4972), con comentario positivo en este sentido de CLAVERÍA GOSÁLBEZ, ob. cit., p. 2.033-2.035, aunque agregando matices; STS de 26 de noviembre de 1982 (RJ 1982/6933).

⁶⁴⁶ CASTÁN TOBEÑAS, ob. cit. T. III, p. 452; RUBIO GARRIDO, ob. cit., p. 15-16.

⁶⁴⁷ Así se encarga de aclararlo la doctrina. Ver en este sentido, GARCÍA GARNICA, ob. cit. (*El régimen jurídico...*), p. 201; GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*Leasing financiero mobiliario...*), p. 197; GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*Una vez más...*), p. 2.171; GUTIÉRREZ GILSANZ, ob. cit., p. 112; SÁNCHEZ-PARODI PASCUA, ob. cit., p. 153, Nota N° 119. Cabe hacer notar que tanto GARCÍA GARNICA como GUTIÉRREZ GILSANZ citan en esta postura la STS de 4 de diciembre de 1997 (RJ 1997/8728), lo que no es correcto, ya que la referencia que el Tribunal hace en el Fundamento de

Primero porque si fuera así, sería necesario contar con el consentimiento del proveedor (en su calidad de contraparte de la empresa de leasing en el contrato de compraventa cedido), consentimiento que de acuerdo a los principios de la teoría general del acto jurídico debe ser inequívoco en el sentido de consentir la *cesión* del contrato, y no una subrogación ni una cesión del crédito, lo que claramente no ocurre en el caso que analizamos. Segundo, porque si así fuera, el mismo consentimiento inequívoco de ceder el contrato (y no de subrogar ni de ceder el crédito) debería constar en el contrato de leasing, lo que no sucede en la práctica, donde, como se ha visto, se habla de subrogación, y no de cesión de contrato. Tercero, porque de haber cesión de contrato la empresa de leasing dejaría de formar parte del contrato de compraventa,⁶⁴⁸ lo que claramente es contradictorio con el interés de la empresa de leasing y con el clausulado que ella predispone, por ejemplo, al imponer al usuario obligaciones que tienden a resguardar el derecho de propiedad de aquella sobre el bien,⁶⁴⁹ así como otras cláusulas que establecen, por ejemplo, la facultad de dicha empresa para intervenir en la resolución del contrato de compraventa que intente el usuario.⁶⁵⁰ Cuarto, porque de haber cesión de contrato el usuario pasaría derechamente a ser comprador del bien y, como tal, propietario del mismo, perdiendo la empresa de leasing su garantía frente al usuario. Esto, aparte de desnaturalizar completamente la estructura de la operación, transformándola en un mero préstamo al usuario, no se corresponde con la voluntad ni el interés de las partes (especialmente de la empresa de leasing, que busca mantener la propiedad del bien como garantía) y es totalmente contradictoria con la regulación predeterminada por la propia empresa de leasing, por

Derecho Cuarto constituye la alegación del recurrente, asunto sobre el que no se pronuncia expresamente el Tribunal.

⁶⁴⁸ Este es el efecto propio de la cesión de contrato. Ver al efecto HIDALGO GARCÍA, ob. cit., p. 22; NAVARRO PÉREZ, ob. cit., p. 42; RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, ob. cit., p. 75; STS de 22 de mayo de 2014 (RJ 2014/2949); STS de 21 de junio de 2013 (RJ 2013/4980); STS de 26 de mayo de 2011 (RJ 2011/3987); STS de 3 de noviembre de 2008 (RJ 2008/5886); STS de 29 de junio de 2006 (RJ 2006/5394); STS de 9 de julio de 2003 (RJ 2003/4619); STS de 5 de marzo de 1994 (RJ 1994/1653); STS de 23 de octubre de 1984 (RJ 1984/4972); STS de 26 de noviembre de 1982 (RJ 1982/6933).

⁶⁴⁹ Ver *infra* N° 28.2.1.

⁶⁵⁰ Así se establece en la condición general N° 2 del modelo de contrato de arrendamiento financiero de AELR, donde luego de consagrarse la subrogación se dice: “Sin perjuicio de ello, si el arrendatario financiero se propusiese ejercitar la acción resolutoria de la compraventa antecedente a este contrato frente al proveedor, estará obligado a notificarlo fehacientemente al arrendador financiero con una antelación mínima de quince días”.

ejemplo en lo que se refiere a su calidad de beneficiario de los seguros que respecto del bien debe contratar el usuario (¿por qué debería indemnizarse a la empresa de leasing en caso de destrucción del bien si dejó de ser propietaria del mismo?).

No obstante lo anteriormente dicho, cabe observar que el escenario de cesión de contrato es el único que permitiría sostener sin discusión la tan repetida afirmación de que “el usuario puede ejercitar todos los derechos y acciones que le corresponden a la empresa de leasing contra el proveedor en virtud del contrato de compraventa, en las mismas condiciones que podría hacerlo la empresa de leasing como compradora”.

Subrogación y cesión de crédito.

La otra institución con la que se pueden llegar a confundir los efectos de la subrogación es la cesión de crédito.

A diferencia de lo que sucede en la cesión del contrato, en la cesión de crédito el cedente sólo transfiere la parte activa de la relación obligatoria (el crédito), permaneciendo como deudor correlativo en el contrato bilateral⁶⁵¹ (en nuestro caso, el contrato de compraventa). Dicho efecto puede llegar a confundirse con el efecto que la subrogación convencional tiene para los seguidores de la tesis amplia de interpretación del art. 1.212 CC, por lo que resulta necesario dedicar un par de comentarios a este respecto.

Al estudiar la cláusula de subrogación en el leasing financiero, algunos autores se encargan de aclarar que aquella no puede ser calificada como una cesión de crédito.⁶⁵² Asimismo, la doctrina suele remarcar varias diferencias entre cesión de crédito y subrogación convencional. Entre ellas se pueden mencionar las siguientes:

- A. En la cesión de crédito lo que el cesionario paga al acreedor es la contraprestación por la adquisición del crédito, mientras que en la subrogación lo que el subrogado paga es la deuda que un tercero tiene con el acreedor.⁶⁵³

⁶⁵¹ DIEZ-PICAZO, ob. cit. (Tomo II), p. 988; NAVARRO PÉREZ, ob. cit., p. 341-342; PANTALEÓN PRIETO, Fernando, *La cesión de créditos*. En Anuario de Derecho Civil, octubre-diciembre 1988, p. 1.086; REPRESA POLO, ob. cit., p. 78; STS de 5 de marzo de 1994 (RJ 1994/1653).

⁶⁵² Ver, por ejemplo, GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*En torno...*), p. 1.780; GUTIÉRREZ GILSANZ, ob. cit., p. 118-119.

⁶⁵³ BONDÍA ROMÁN, ob. cit., p. 983-985; NAVARRO PÉREZ, ob. cit., p. 87; RUBIO GARRIDO, ob. cit., p. 75-76 y 149.

- B. La cesión de crédito sería una operación especulativa (el tercero compra el crédito a un precio menor para luego cobrarlo en su totalidad), mientras que la subrogación estaría impulsada por un impulso de amistad.⁶⁵⁴
- C. La función de la cesión es la circulación del crédito, mientras que la función de la subrogación es asegurar la recuperación de lo que ha pagado el *solvens* al acreedor.⁶⁵⁵
- D. Para la eficacia de la cesión de crédito es necesaria la notificación al deudor, requisito que no se exige para la subrogación, que es oponible al deudor desde que el tercero paga al acreedor.⁶⁵⁶
- E. El cedente del crédito responde frente al cesionario de la existencia y legitimidad del crédito cedido, mientras que el acreedor no responde por tales conceptos frente al subrogado.⁶⁵⁷

En cuanto a los efectos, las diferencias entre ambas figuras son ostensibles si se sigue la tesis restringida de interpretación del art. 1.212 CC, pero no resultan nítidas si se

⁶⁵⁴ BONDÍA ROMÁN, ob. cit., p. 987; CAÑIZARES LASO, ob. cit., p. 134-135; DEL OLMO GARCÍA, ob. cit., p. 382-388, aunque destaca que la diferencia no está en la intención que mueve al cesionario y al subrogado, sino en la distinta función que cumple cada figura, que conlleva la ausencia de efectos prácticos para el especulador; GALICIA AIZPURUA, ob. cit. (*La disciplina...*), p. 66; FERNÁNDEZ VILLA, p. 437; NAVARRO PÉREZ, ob. cit., p. 86; VATTIER FUENZALIDA, ob. cit., p. 502. En contra, RUBIO GARRIDO, ob. cit., p. 67-69, que califica esta distinción como un *cliché*; SANCHO REBULLIDA, ob. cit., p. 779, para quien esta es una diferencia de carácter económico sin trascendencia jurídica.

⁶⁵⁵ CAÑIZARES LASO, ob. cit., p. 69; DIEZ-PICAZO, ob. cit. (Tomo II), p. 996-997; VATTIER FUENZALIDA, ob. cit., p. 502.

⁶⁵⁶ NAVARRO PÉREZ, ob. cit., p. 87. En contra, otro sector de la doctrina observa que ésta no sería una diferencia entre ambas figuras, al entender que la cesión de crédito es eficaz desde que se produce, ya que la notificación al deudor no es requisito de eficacia. En este sentido, BONDÍA ROMÁN, ob. cit., p. 1.000; CASTÁN TOBEÑAS, ob. cit. T. III, p. 385-386; FERNÁNDEZ VILLA, ob. cit. p. 465; LACRUZ BERDEJO, ob. cit., p. 215 y 227; MUÑIZ ESPADA, Esther, *Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de enero de 2008*. En Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, N° 78, septiembre-diciembre 2008, p. 1.361; RUBIO GARRIDO, ob. cit., p. 113-115. En el ámbito de la cesión de créditos, REPRESA POLO, ob. cit., p. 33; STS de 23 de octubre de 1984 (RJ 1984/4972).

⁶⁵⁷ BONDÍA ROMÁN, ob. cit., p. 1.013; CAÑIZARES LASO, ob. cit., p. 69; CASTÁN TOBEÑAS, ob. cit. T. III, p. 382; DIEZ-PICAZO, ob. cit. (Tomo II), p. 996; NAVARRO PÉREZ, ob. cit., p. 86; SÁNCHEZ-PARODI PASCUA, ob. cit., p. 153, Nota N° 120. En contra, RUBIO GARRIDO, ob. cit., p. 70-74. En el ámbito de la tesis restringida de los efectos de la subrogación convencional, FERNÁNDEZ VILLA, ob. cit. p. 500 señala que la explicación de la ausencia de esta garantía en la subrogación deriva del hecho de que el pago del tercero al acreedor extingue el crédito, naciendo un crédito autónomo en manos del subrogado..

sigue la tesis amplia (que, como se ha dicho, es la que seguiría la mayoría de la doctrina y jurisprudencia al analizar la cláusula de subrogación). Así, respecto de la titularidad del crédito, para la tesis restringida de la subrogación convencional la principal diferencia entre ambas figuras consiste en que mediante la cesión de crédito se transfiere el crédito mismo, mientras que mediante la subrogación no se transfiere el crédito (que se extingue producto del pago que efectúa el tercero al acreedor), sino sólo los derechos accesorios a él.⁶⁵⁸ Para la tesis intermedia la diferencia radica en que mientras el cesionario adquiere el crédito en calidad de titular absoluto, el subrogado lo adquiere como un accesorio de su derecho personal para recuperar lo pagado.⁶⁵⁹ Para la tesis amplia, en cambio, no hay diferencia entre cesión de créditos y subrogación en este ámbito, ya que con ambas se transfiere el crédito, claro que en el caso de la cesión de crédito el adquirente contará sólo con el crédito cedido, mientras que en la subrogación el subrogado contará, además, con la acción de reembolso derivada de haber pagado una deuda ajena.^{660 661}

Como puede apreciarse, en el marco de la interpretación amplia del art. 1.212 CC resulta muy difícil distinguir entre los efectos de la subrogación convencional y los de la cesión. Los planteamientos a este respecto se separan entre aquellos que estiman la existencia de los mismos efectos para ambas (algunos dicen derechamente que no hay diferencia sustancial entre las dos figuras y aplican a la subrogación convencional los

⁶⁵⁸ FERNÁNDEZ VILLA, ob. cit. p. 439-440.

⁶⁵⁹ DEL OLMO GARCÍA, ob. cit., p. 245 y 323.

⁶⁶⁰ BONDÍA ROMÁN, ob. cit., p. 983 y 994; RUBIO GARRIDO, ob. cit., p. 76 y 139.

⁶⁶¹ Otra diferencia que se menciona entre cesión de crédito y subrogación convencional radicaría en que el cesionario del crédito quedaría habilitado para reclamar al deudor la totalidad de la deuda, mientras que el subrogado sólo podría reclamar al deudor la suma que haya pagado al acreedor (se trata, en definitiva, de un derecho de reembolso, de manera que si el tercero paga parcialmente la deuda, sólo podrá cobrar al deudor la suma pagada). En este sentido, BONDÍA ROMÁN, ob. cit., p. 1.013; CAÑIZARES LASO, ob. cit., p. 71-72; CASTÁN TOBEÑAS, ob. cit. T. III, p. 382; DEL OLMO GARCÍA, ob. cit., p. 370 y 386; FERNÁNDEZ VILLA, ob. cit. p. 475; VATTIER FUENZALIDA, ob. cit., p. 513. Sin embargo, para algunos seguidores de la tesis amplia de la subrogación no existe diferencia en este sentido, al entender que el subrogado puede también cobrar toda la deuda, aunque sólo haya pagado parte de ella. En este sentido, LACRUZ BERDEJO, ob. cit., p. 223; RUBIO GARRIDO, ob. cit., p. 70 y 149, para quien el art. 1.213 se aplica a la subrogación convencional, pero con carácter dispositivo, por lo que acreedor y subrogado podrían pactar que este último pueda cobrar al deudor toda la deuda a pesar de haber pagado parte de ella al acreedor; SANCHO REBULLIDA, ob. cit., p. 778 y 790-791. En el mismo sentido, DIEZ-PICAZO, ob. cit. (Tomo II), p. 1.002, aunque no en base a las normas de la cesión de créditos, sino en base al art. 1.212 CC español.

efectos de la cesión de crédito,⁶⁶² mientras que otros hacen la distinción entre ambas, pero aplican a la subrogación todos o casi todos los efectos de la cesión⁶⁶³) y aquellos que entienden que ambas figuras tienen regímenes jurídicos distintos,⁶⁶⁴ que en materia de efectos vendrían a ser el art. 1.212 CC para la subrogación y el art. 1.528 CC para la cesión de créditos, los que, sin embargo, recogen el mismo principio,⁶⁶⁵ con lo que se llega al mismo resultado que el de la postura que identifica los efectos de ambas figuras.

De lo expuesto bien puede decirse que para la doctrina que sigue la tesis amplia de interpretación del art. 1.212 los efectos de la subrogación convencional se identifican con los efectos de la cesión de crédito.

22. 2. 7.- El amplísimo efecto atribuido a la cláusula no es real.

Si se siguen los postulados de la tesis amplia de interpretación del art. 1.212 CC (que es la que se seguiría en la concepción bipartita del leasing financiero) y se identifican los efectos de la subrogación convencional con los de la cesión de crédito, cabe preguntarse si se sigue sosteniendo la afirmación mayoritaria de que “el usuario puede ejercitar todos los derechos y acciones que le corresponden a la empresa de leasing contra el proveedor en virtud del contrato de compraventa, en las mismas condiciones que podría hacerlo la empresa de leasing como compradora”.⁶⁶⁶

En lo que respecta a la **acción de cumplimiento** del contrato de compraventa, no parece haber problema en concluir que el usuario ostenta legitimación, ya que si se le

⁶⁶² ALBALADEJO, ob. cit., p. 345; ESPÍN CÀNOVAS, ob. cit., p. 327-329; LACRUZ BERDEJO, ob. cit., p. 221 y 223; VATTIER FUENZALIDA, ob. cit., p. 502 y 511; STS de 29 de mayo de 1984 (RJ 1984/2804); STS de 11 de enero de 1983 (RJ 1983/163).

⁶⁶³ BONDÍA ROMÁN, ob. cit., p. 983-987, 999-1.002 y 1.012-1.015; RUBIO GARRIDO, ob. cit., p. 63-76, si bien estima que ambas figuras tienen básicamente los mismo efectos, menciona algunas diferencias en p. 75-76; SANCHO REBULLIDA, ob. cit., p. 778, para quien la diferencia está en la estructura de cada una, pero aplica a la subrogación todos los efectos de la cesión.

⁶⁶⁴ DIEZ-PICAZO, ob. cit. (Tomo II), p. 996 y 998.

⁶⁶⁵ REPRESA POLO, ob. cit., p. 22; STS de 27 de junio de 1989 (RJ 1989/4787), que trata a los arts. 1.212 y 1.528 como “homólogos”.

⁶⁶⁶ Sin perjuicio de que el análisis más específico de las acciones del usuario contra el proveedor se hará en el Capítulo IV, se expondrá aquí el asunto en términos generales con la finalidad de dirimir si se puede sostener o no aquella afirmación tan amplia que suele hacerse en el ámbito de la concepción bipartita del leasing financiero.

transfiere el crédito es precisamente para cobrarlo.⁶⁶⁷ De aplicarse la tesis restringida de los efectos de la subrogación la solución sería la opuesta.⁶⁶⁸

Tampoco resulta del todo claro que en virtud de la tesis amplia del efecto de la subrogación convencional el usuario quede legitimado para ejercitar por sí solo las acciones derivadas del **saneamiento por vicios ocultos** (como se afirma en el ámbito de la concepción bipartita del leasing financiero⁶⁶⁹), ya que en el ámbito de la cesión de crédito hay quien estima que tales acciones deben ser ejercitadas por el cesionario (usuario) *con el concurso* del cedente (empresa de leasing).⁶⁷⁰

Por su parte, en lo que respecta a las acciones por **evicción**, ya se ha visto que entre los propios partidarios de la concepción bipartita del leasing financiero se discute si la empresa de leasing puede o no exonerarse de esta obligación de saneamiento,⁶⁷¹ y de

⁶⁶⁷ En el ámbito de la tesis amplia de los efectos de la subrogación, RUBIO GARRIDO, ob. cit., p. 173; STS de 15 de noviembre de 1990 (1990/8948); STS de 13 de febrero de 1988 (RJ 1988/1985). En el ámbito de la cesión de créditos, ver PANTALEÓN PRIETO, ob. cit., p. 1.088 y 1.104.

⁶⁶⁸ FERNÁNDEZ VILLA, ob. cit. p. 491-493 opina que el subrogado no puede pedir el cumplimiento del contrato originalmente celebrado entre acreedor y deudor, ya que dicho subrogado no ocupa la posición contractual del acreedor original, sino que sólo adquiere un derecho de reembolso limitado a los accesorios del crédito satisfecho. Tampoco podría pedir el cumplimiento el acreedor original, ya que el pago que recibió del tercero (que es el supuesto para la subrogación en el art. 1.209) ve satisfecho su interés y extinguido el crédito.

⁶⁶⁹ BUITRAGO RUBIRA, ob. cit. (*El leasing mobiliario...*), p. 198; CABANILLAS SÁNCHEZ, ob. cit. (*La naturaleza...*), p. 100; DÍAZ ECHEGARAY, ob. cit., p. 726; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, ob. cit., p. 320; GUTIÉRREZ GILSANZ, ob. cit., p. 129; SÁNCHEZ CALERO y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, ob. cit., p. 295-296; SÁNCHEZ-PARODI PASCUA, ob. cit., p. 203; SAP de Girona de 12 de marzo de 2010 (JUR 2010/176713); SCCI de 12 de marzo de 2004 (5125); SCCI de 26 de enero de 2000 (854); STSJ de Navarra de 22 de mayo de 1992 (RJ 1992/6198), con referencia específica a la acción redhibitoria. Así también se pacta en los contratos de leasing. Ver al efecto la cláusula segunda de las condiciones generales del modelo de contrato de leasing financiero de AELR, donde se lee que la empresa de leasing subroga al usuario “*en todos sus derechos como comprador frente al proveedor o fabricante, en orden al saneamiento por vicios ocultos de los reiterados bienes y en orden a la exigencia de cumplimiento de las garantías de toda índole ofertadas por el proveedor o fabricante*”. Por otra parte, y como se vio *supra* N° 22.1.3, la mayoría de la doctrina estima válida la cláusula de exoneración de la empresa de leasing en materia de vicios del bien, lo que implica entender que puede ser objeto de subrogación.

⁶⁷⁰ PANTALEÓN PRIETO, ob. cit., p. 1.088-1.090. Yendo más allá, en Italia GORGONI, ob. cit. (*Sulla qualificazione...*), p. 483 ha criticado la “cesión” de las acciones de garantía por vicios, argumentando que esta garantía no es cedible sin la cesión simultánea de la situación sustantiva de la que emana la garantía, es decir, con la cesión de la posición contractual de comprador, lo que, según se vio anteriormente, no sucede en el caso del leasing financiero.

⁶⁷¹ Ver *supra* N° 22.1.3.

seguirse la doctrina que estima que ello no es posible, el resultado es que las acciones de saneamiento por este capítulo no pueden ser objeto de la cláusula de subrogación.

En lo que respecta a la **acción indemnizatoria de daños y perjuicios**, debería concluirse que el usuario no podría en principio demandar al proveedor la indemnización de daños propios (al contrario de lo que parece entender la mayoría de los partidarios de la concepción bipartita del leasing financiero⁶⁷²), sino sólo de los daños que hubiese podido sufrir la empresa de leasing, ya que si se asimilan los efectos de la subrogación a los de la cesión de crédito, debe entenderse que el deudor (proveedor) no puede quedar frente al nuevo acreedor (usuario) en una situación peor a la que se encontraba con el anterior acreedor (empresa de leasing), por lo que no puede quedar obligado a cumplir por más de lo que debía al anterior acreedor, ni la prestación resultarle más gravosa.⁶⁷³ Y si los daños y perjuicios en el contrato de compraventa fueron avaluados anticipadamente en forma de cláusula penal, sin pactar expresamente que el usuario pueda cobrarla, la situación en que queda el usuario también resulta muy discutible.⁶⁷⁴

Más problemas aún ofrece la posibilidad de que el usuario ejercite la **acción resolutoria del contrato de compraventa** en calidad de subrogado convencionalmente.⁶⁷⁵

En el marco de la concepción bipartita debe entenderse que la legitimada originaria para ejercitar la acción resolutoria del contrato de compraventa es la empresa de leasing.⁶⁷⁶

⁶⁷² Este problema se analizará con más detalle *infra* N° 47.

⁶⁷³ CASTÁN TOBEÑAS, ob. cit. T. III, p. 389; GAVIDIA SÁNCHEZ, Julio Vicente, *La cesión de créditos*. Tirant, Valencia, 1993, p. 222; NAVARRO PÉREZ, ob. cit., p. 351-352; PANTALEÓN PRIETO, ob. cit., p. 1.116; REPRESA POLO, ob. cit., p. 30 y 65-83. El mismo principio aparece recogido en los arts. 9.1.4(b) y 9.1.8 PUCCI.

⁶⁷⁴ En el ámbito de la tesis amplia de los efectos de la subrogación, RUBIO GARRIDO, ob. cit., p. 172 estima que la cláusula penal se transmite al subrogado, salvo pacto en contrario. En el marco de la tesis restrictiva, en cambio, GALICIA AIZPURUA, ob. cit. (*La disciplina...*), p. 142 estima que el subrogado no puede invocar la cláusula penal. Si se aplican a la subrogación convencional los efectos de la cesión de crédito, la situación no es muy distinta, planteándose similar discusión. NAVARRO PÉREZ, ob. cit., p. 100-101 se pronuncia a favor de la transmisibilidad de la cláusula penal con el crédito cedido. En contra, PANTALEÓN PRIETO, ob. cit., p. 1.109 opina que la cláusula penal no se transmite al cesionario, salvo pacto en contrario.

⁶⁷⁵ El análisis que se hará a continuación respecto de la acción resolutoria es perfectamente aplicable a la posibilidad de que el usuario ejercite la acción redhibitoria del contrato de compraventa.

⁶⁷⁶ CABANILLAS SÁNCHEZ, ob. cit. (*La naturaleza...*), p. 91; CLARIZIA, ob. cit., (*La locazione...*), p. 206; GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*En torno...*), p. 1.783; STS de 26 de junio de 1989 (RJ 1989/4786); STSJ de Navarra de 22 de mayo de 1992 (RJ 1992/6198).

Sin embargo, la gran mayoría de la doctrina⁶⁷⁷ y de la jurisprudencia⁶⁷⁸ estima que dicha acción se transmite al usuario como producto de la subrogación convencional, aunque los argumentos no suelen basarse en los efectos de la cláusula de subrogación, sino en otro tipo de consideraciones. Así, por ejemplo, se argumenta: **A)** Que negar la acción resolutoria al usuario provocaría un evidente desequilibrio contractual en su perjuicio, ya que a pesar de no poder demandar la resolución al proveedor ni demandar a la empresa de leasing (como consecuencia de la exoneración de responsabilidad), tendría que seguir pagando las cuotas producto de la cláusula de irrevocabilidad e independencia;⁶⁷⁹ **B)** Que si el usuario no puede demandar la resolución del contrato de compraventa, debería quedar facultado para demandar la resolución del contrato de leasing financiero, lo que desnaturaliza este último contrato, asimilándolo a un arrendamiento ordinario, en que el arrendador responde del goce pacífico del bien;⁶⁸⁰ **C)** Que, por el contrario, la posición aquí expuesta es coherente con la voluntad de las partes y la interpretación conjunta de las

⁶⁷⁷ BUITRAGO RUBIRA, ob. cit. (*El leasing mobiliario...*), p. 198; CABANILLAS SÁNCHEZ, ob. cit. (*La resolución...*), p. 336; DÍAZ MUYOR, ob. cit., p. 405; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, ob. cit., p. 318-319; GARCÍA GARNICA, ob. cit. (*El régimen jurídico...*), p. 204-205; GARCÍA GARNICA, ob. cit., (*Comentario...*), p. 793; GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*Leasing financiero mobiliario...*), p. 200; GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*En torno...*), p. 1.781-1.782; GONZÁLEZ VÁSQUEZ, ob. cit., p. 1.315; GUTIÉRREZ GILSANZ, ob. cit., p. 137; LÓPEZ FRÍAS, ob. cit. (*Los contratos conexos...*), p. 113-114 y 122; LÓPEZ FRÍAS, ob. cit. (*Sentencia...*), p. 113-114; MARÍN LÓPEZ, ob. cit. (*Comentario a la STS de 24 de mayo de 1999*), p. 1.148 y 1.150; MARÍN LÓPEZ, ob. cit. (*Comentario a la STS de 26 de febrero de 1996*), p. 756-757; MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, ob. cit., p. 227, para el caso de vicios del bien; NARDI, ob. cit. p. 3; REAL PÉREZ, ob. cit. (*El leasing...*), p. 248; REAL PÉREZ, ob. cit. (*El incumplimiento...*), p. 421-422; RODRÍGUEZ ROVIRA, ob. cit., p. 1.181; SÁNCHEZ-PARODI PASCUA, ob. cit., p. 194.

⁶⁷⁸ SAP de Girona de 12 de marzo de 2010 (JUR 2010/176713); STS de 23 de diciembre de 1999 (RJ 1999/9360); STS de 26 de febrero de 1996 (RJ 1996/1264); SAP de Jaén de 14 de diciembre de 1994 (AC 1994/2302); STSJ de Navarra de 22 de mayo de 1992 (RJ 1992/6198); STS de 23 de abril de 1991 (RJ 1991/3021), aunque sin pronunciarse expresamente (ya que el tema en análisis no fue motivo de casación), se desprende del Fundamento de Derecho 3º y 4º; STS de 22 de abril de 1991 (RJ 1991/3017); SAT Valencia de 2 de diciembre de 1986 (RAJ 1986/7157). En contra, SAP de Murcia de 19 de octubre de 1994 (AC 1994/1813), que negó legitimación a un usuario para demandar la resolución, fundada en el efecto relativo del contrato y en la inexistencia de cláusula de subrogación en el contrato. Dicha sentencia fue casada por la STS de 24 de mayo de 1999 (RJ 1999/3927), que sí entendió comprendida la acción resolutoria en la cláusula de subrogación.

⁶⁷⁹ CABANILLAS SÁNCHEZ, ob. cit. (*La resolución...*), p. 336; GARCÍA GARNICA, ob. cit. (*El régimen jurídico...*), p. 204; GUTIÉRREZ GILSANZ, ob. cit., p. 156; LÓPEZ FRÍAS, ob. cit. (*Sentencia...*), p. 113; STSJ de Navarra de 22 de mayo de 1992 (RJ 1992/6198).

⁶⁸⁰ GARCÍA GARNICA, ob. cit. (*El régimen jurídico...*), p. 204; ROJO AJURIA, ob. cit. (*La responsabilidad...*), p. 2.025-2.026.

cláusulas de exoneración y subrogación, con lo que se protegen los intereses de la empresa de leasing (de preservar su actuación puramente financiera, sin intervenir en los problemas referentes al bien) y del usuario (que tiene un interés directo en el uso del bien y, en consecuencia, un interés mayor que la empresa de leasing en ejercitar la acción), lo que redundaría en la conservación de la naturaleza financiera del contrato de leasing.⁶⁸¹

Sólo algunos autores y sentencias fundamentan la legitimación del usuario en el efecto de la subrogación, aunque con argumentos muy generales como, por ejemplo, que esta solución es coherente con la amplitud del art. 1.212 CC⁶⁸² (sin explicar los fundamentos para interpretar tan extensivamente la norma); o que como la acción resolutoria tiene carácter transferible, no hay inconveniente en entender que la empresa de leasing la ha transferido al usuario por medio de la cláusula de subrogación,⁶⁸³ aunque ésta sea genérica, ya que la cláusula redactada en estos términos no excluye la acción resolutoria del contenido de la subrogación,⁶⁸⁴ lo que, en todo caso, resulta muy discutible.⁶⁸⁵ Los argumentos que en este sentido se han dado por parte del Tribunal Supremo tampoco son muy alentadores. Así, la STS de 26 de febrero de 1996 (RJ 1996/1264) se limita a fundamentar el ejercicio de la acción resolutoria por parte del usuario en que la “subrogación comprende, indudablemente, la eventual acción resolutoria de que todo comprador se halla asistido...” (el subrayado es mío), lo que, en buenas cuentas, equivale a decir que la subrogación incluye la acción resolutoria “porque sí”,⁶⁸⁶ fundamento que ha

⁶⁸¹ GARCÍA GARNICA, ob. cit. (*El régimen jurídico...*), p. 204, quien fundamenta la interpretación conjunta de las cláusulas en el art. 1.285 CC; GUTIÉRREZ GILSANZ, ob. cit., p. 156. En similar sentido, LÓPEZ FRÍAS, ob. cit. (*Los contratos conexos...*), p. 122 señala que, para el caso de falta de entrega, cabe presumir que las partes han querido subrogar al usuario también respecto a la resolución del contrato por ser ello más acorde con la naturaleza y el objeto de la operación de leasing (art. 1.286 CC).

⁶⁸² GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*Leasing financiero mobiliario...*), p. 200; GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*En torno...*), p. 1.782.

⁶⁸³ GUTIÉRREZ GILSANZ, ob. cit., p. 158; LÓPEZ FRÍAS, ob. cit. (*Los contratos conexos...*), p. 122.

⁶⁸⁴ REAL PÉREZ, ob. cit. (*El leasing...*), p. 248; STSJ de Navarra de 22 de mayo de 1992 (RAJ 1992/6198).

⁶⁸⁵ Ver en este sentido PARRA LUCÁN, ob. cit. (*El leasing...*), p. XLV, para quien “puede ser dudoso que se haya querido subrogar al usuario en la acción de resolución si no se establece expresamente y no se prevén todas las consecuencias liquidatorias para ese supuesto”.

⁶⁸⁶ Dicha fundamentación ya se contenía en la STSJ de Navarra de 22 de mayo de 1992 (RJ 1992/6198), aunque en este caso el Tribunal agregó otros argumentos, citados en las notas

sido textualmente reproducido en sentencias posteriores.⁶⁸⁷ Peor es la situación de la STS de 24 de mayo de 1999 (RJ 1999/3927), que no da argumento alguno para entender comprendida la acción resolutoria en la subrogación.

Puede deducirse de lo anterior que los argumentos para incluir la transmisión de la acción resolutoria como efecto de la subrogación convencional o bien son muy débiles (limitarse a decir que ello resulta del art. 1.212, sin mayor análisis sobre el alcance de esta norma, o bien entender que se transmite por no haber sido excluida expresamente) o bien son inexistentes (en el caso del argumento dado por el Tribunal Supremo).

Esta debilidad argumental se agrava si se considera que en el ámbito de la cesión de crédito se ha discutido si el cesionario (en nuestro caso el usuario, si se sigue la tesis amplia que asimila los efectos de la subrogación a los de la cesión de crédito) queda o no legitimado para demandar la resolución del contrato del que emana el crédito cedido.

Un sector de la doctrina estima que ello no es posible, ya que la acción resolutoria corresponde sólo al cedente (empresa de leasing) por estar referida a la relación obligatoria subyacente (no se cede la calidad de contratante, sino sólo la posición activa, es decir, el crédito).⁶⁸⁸ Este criterio ha sido seguido por un sector de la doctrina y jurisprudencia que adhiere a la concepción bipartita del leasing financiero, al estimar que el usuario no puede acceder a la legitimación para demandar la resolución como subrogado, por no ser parte del contrato de compraventa,⁶⁸⁹ y porque no se puede comprometer por esta vía la propiedad de la empresa de leasing sobre el bien.⁶⁹⁰

anteriores. La SAP de Jaén de 14 de diciembre de 1994 (AC 1994/2302) contiene un fundamento que adolece de la misma debilidad, al expresar que *“la parte actora entendemos que está legitimada activamente para instar la resolución del contrato de compraventa, en base a la subrogación de derechos y acciones que en el contrato de leasing se pacta entre arrendador-comprador y arrendatario...”*.

⁶⁸⁷ SAP de Girona de 12 de marzo de 2010 (JUR 2010/176713); STS de 23 de diciembre de 1999 (RJ 1999/9360).

⁶⁸⁸ DIEZ-PICAZO, ob. cit. (Tomo II), p. 819-820, para quien *“el cesionario es un tercero en relación con el sinalagma y carece de interés legítimo en la resolución del contrato, ya que a él no le corresponde la recuperación de la contraprestación efectuada, ni tampoco la liberación de las obligaciones que se encuentren todavía pendientes”*; NAVARRO PÉREZ, ob. cit., p. 344-345. Esta posición también es mantenida en el ámbito de la tesis restringida de la subrogación (que estima que el crédito se extingue como efecto de la subrogación), al entender que el subrogado no ocupa la posición contractual del acreedor original, sino que sólo adquiere los *accesorios y privilegios* del crédito satisfecho. Ver al efecto CAÑIZARES LASO, ob. cit., p. 139; GALICIA AIZPURUA, ob. cit. (*La disciplina...*), p. 142; FERNÁNDEZ VILLA, ob. cit. p. 491-493.

⁶⁸⁹ DE LA CUESTA RUTE, ob. cit. (*Reflexiones...*), p. 572-573, para el caso de falta de entrega; SAP de Barcelona de 31 de octubre de 2008 (JUR 2009/35093), en la que se señala que debido a esta

Otro sector de la doctrina referida a la subrogación y la cesión de crédito opina que el subrogado/cesionario (usuario) puede ejercitar la acción resolutoria en calidad de perjudicado (en los términos del art. 1.124 CC), pero dicho ejercicio requiere de la *aprobación o concurso del acreedor originario* (en este caso, la empresa de leasing).^{691 692} Aunque esta solución no ha tenido mucho éxito en el ámbito de la concepción bipartita del leasing financiero,⁶⁹³ creo que parece inviable, pues ello equivaldría a dejar la resolución

circunstancia sólo la empresa de leasing puede demandar la resolución del contrato de compraventa; SAP de Murcia de 19 de octubre de 1994 (AC 1994/1813), que también negó la resolución en base a este argumento y en base a una cláusula de exoneración genérica, no obstante lo cual fue casada por la STS de 24 de mayo de 1999 (RJ 1999/3927). En Italia se pronuncian en este sentido CLARIZIA, ob. cit., (*La locazione...*), p. 206; los adherentes a la tesis italiana del mandato sin representación (ver *supra* N° 10.3.2); SCCI de 12 de enero de 2011 (534).

⁶⁹⁰ PARRA LUCÁN, ob. cit. (*El leasing...*), p. XLV, quien se manifiesta en contra de la legitimación del usuario, a menos que se haya pactado expresamente en el contrato de leasing o la empresa de leasing haya autorizado al usuario para demandar la resolución; STS de 26 de junio de 1989 (RJ 1989/4786), sentencia que, si bien casó la de segunda instancia en virtud de la doctrina de litis consorcio pasivo necesario, en el Fundamento de Derecho Quinto señala que el usuario “*no podría, en principio ejercitar ninguna acción resolutoria de la naturaleza prevista en el art. 1124 del texto civil que implicase la devolución del material suministrado, pues sobre el impedimento obstativo que deriva de esa misma condición general, resultaría obstáculo insuperable el hecho de corresponder la propiedad del equipo al arrendador*”, con comentario en contra de GARCÍA GARNICA, ob. cit., (*Comentario...*), p. 793; LÓPEZ FRÍAS, ob. cit. (*Los contratos conexos...*), p. 126-127.

⁶⁹¹ GAVIDIA SÁNCHEZ, ob. cit., p. 228 y 232; PANTALEÓN PRIETO, ob. cit., p. 1.088-1.089; RUBIO GARRIDO, ob. cit., p. 167-168. En todo caso, cabe mencionar que en alguna ocasión el Tribunal Supremo parece haber entendido que dicha aprobación o concurso no es necesaria. Ver en este sentido STS de 6 de marzo de 2003 (RJ 2003/1826), en cuyo caso se reconoció al cesionario la acción resolutoria por estar expresamente transferida, sin perjuicio de lo cual, el Tribunal entendió que el cesionario tiene acceso a dicha acción por tratarse de un accesorio del crédito cedido.

⁶⁹² Esta solución es la que se contiene en el art. 10.2 CUAFI, que por los motivos aquí señalados, será objeto de crítica *infra* N° 24.3.2.

⁶⁹³ Se muestra a favor de esta solución CHAMORRO POSADA, ob. cit., p. 202 y 203, quien comentando el art. 10.2 CUAFI estima que el dicha norma está en línea con lo legislado en Derecho español respecto de la financiación hipotecaria, por lo que dicha solución constituiría “*un principio general de aplicación, por qué no -artículo 1.4 del C.c. en relación con el artículo 2 del C.com- al contrato de leasing, y legitimador de los pactos que en tal sentido se puedan insertar y de las decisiones que en relación al mismo se hayan de dictar*”, en base a lo cual concluye que el usuario sólo podría ejercitar la acción resolutoria sin el consentimiento de la empresa de leasing (pero citándola en el juicio) en el excepcional supuesto de que, mediando dolo, sea imputable a dicha empresa el riesgo derivado de la operación comercial conexa. Por su parte, menciona este supuesto GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*leasing financiero mobiliario...*), p. 200; GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*En torno...*), p. 1.782, quien parece entender que se trata de un pacto lícito y advierte que debe ser distinguido de aquel supuesto en que la empresa de leasing predispone una cláusula que obliga al usuario a advertir a la financiera el ejercicio de la acción resolutoria del contrato de compraventa, opinando que ello puede ser interpretado como una condición imprescindible para la eficacia de la subrogación pactada. Una cláusula de estas características se contiene en la condición general N° 2 del modelo

del contrato de compraventa al arbitrio de dicha empresa (si la empresa aprueba, el usuario podría resolver; si la empresa no aprueba, el usuario no podría resolver), que no tendrá incentivos para acceder a demandar la resolución, ya que, por ejemplo, con ello se dejaría sin efecto la operación (la resolución del contrato de compraventa acarrearía previsiblemente la resolución del contrato de leasing propiamente dicho) y la ganancia financiera pretendida; perdería la propiedad del bien que constituye su garantía; entraría en una discutible situación respecto de las cuotas ya percibidas,⁶⁹⁴ etc. Esta solución, además, dejaría al usuario en una situación de indefensión de cara a los incumplimientos sustanciales del proveedor, viéndose obligado a seguir amarrado a un vínculo contractual que no le reporta ningún provecho, sino sólo gastos, en virtud de la cláusula de irrevocabilidad e independencia. Además echaría por tierra toda la construcción del leasing financiero como contratos conexos y su pretendida excepción al efecto relativo de los contratos. Ello pues si la decisión de resolver o no la compraventa depende exclusivamente de la voluntad de la empresa de leasing, la situación queda como si se tratase de dos contratos independientes, donde la titularidad de la acción resolutoria permanece en el patrimonio de las partes del contrato que se quiere resolver, y donde el usuario es un tercero absoluto en la relación proveedor-empresa de leasing. Finalmente, esta solución contradice abiertamente el amplísimo efecto que en la concepción bipartita del leasing financiero se atribuye a la subrogación, ya que el usuario no podría “ejercitar

de contrato de arrendamiento financiero de AELR, donde luego de consagrarse la subrogación se dice: “Sin perjuicio de ello, si el arrendatario financiero se propusiese ejercitar la acción resolutoria de la compraventa antecedente a este contrato frente al proveedor, estará obligado a notificarlo fehacientemente al arrendador financiero con una antelación mínima de quince días”. Ver también STS de 28 de septiembre de 2016 (RJ 2016/205811), caso en que el contrato disponía que si el usuario quisiese resolver el contrato de compraventa debía tener la oportuna cesión de acciones por parte de la empresa de leasing (es decir, *a posteriori* y quedando sujeto a la voluntad de dicha empresa), debiendo abonar la totalidad del precio del contrato. Lamentablemente el Tribunal no entró a calificar la cláusula, ya que se desechó el recurso por falta de interés casacional: se había probado que la falla en el bien se debía a la conducta del usuario, por lo que se estimó que, aunque éste quedase legitimado, no procedería la resolución del contrato de compraventa. No obstante todo lo anterior, y como se ha visto, la mayoría de los autores en el ámbito de la concepción bipartita entienden más bien que el usuario puede resolver el contrato de compraventa por sí mismo, sin contar con el consentimiento de la empresa de leasing, aunque sí demandándola conjuntamente con el proveedor en virtud de la doctrina del litis consorcio pasivo necesario, lo que se analizará con más detalle *infra* N° 42.

⁶⁹⁴ Si producto de la resolución del contrato de compraventa se resuelve también el contrato de leasing (como se propugna mayoritariamente), se ha discutido si esta última resolución tiene efectos *ex tunc* o *ex nunc*, es decir, si la empresa de leasing debe o no restituir las cuotas ya percibidas. Este punto se analizará con más detalle *infra* N° 44.3.

todos los derechos y acciones que le corresponden a la empresa de leasing contra el proveedor en virtud del contrato de compraventa”, pues la empresa de leasing controlaría la acción resolutoria a su voluntad.

Menos obstáculos a la legitimación del usuario parece ofrecer el supuesto en que la acción resolutoria haya sido expresamente cedida por la empresa de leasing al usuario.⁶⁹⁵ Sin embargo, ello no es lo que ocurre en la práctica, donde se ha visto que las cláusulas de subrogación predispuestas por las empresas de leasing suelen ser genéricas,⁶⁹⁶ por lo que no se cede ninguna acción en particular. Por lo demás, la empresa de leasing podría estar interesada más bien en excluir la acción resolutoria del contenido de la subrogación,⁶⁹⁷ antes que dejar su ejercicio al solo arbitrio del usuario.⁶⁹⁸

De todo lo dicho anteriormente puede concluirse que *la afirmación de que en virtud de la cláusula de subrogación “el usuario puede ejercitar todos los derechos y acciones que le corresponden a la empresa de leasing contra el proveedor en virtud del contrato de compraventa, en las mismas condiciones que podría hacerlo la empresa de leasing como compradora”, es falsa, o a lo menos extremadamente discutible, aun cuando se siga la tesis más amplia respecto de los*

⁶⁹⁵ En el ámbito de la subrogación y la cesión de créditos se manifiestan a favor de la legitimación del subrogado o cesionario en este caso, entre otros, NAVARRO PÉREZ, ob. cit., p. 345; GAVIDIA SÁNCHEZ, ob. cit., p. 228; RUBIO GARRIDO, ob. cit., p. 167, Nota N° 95. Así sucedió en los casos que dieron lugar a la STS de 6 de marzo de 2003 (RJ 2003/1826) y la STS de 23 de octubre de 1984 (RJ 1984/4972. En contra, CAÑIZARES LASO, ob. cit., p. 139, quien estima que si se pacta que el subrogado pueda ejercitar la acción resolutoria, la figura devendría en una cesión de contrato, que exige unos presupuestos completamente distintos. En el ámbito del leasing financiero se han manifestado a favor de la legitimación del usuario para resolver el contrato de compraventa en este caso LÓPEZ FRÍAS, ob. cit. (*Los contratos conexos...*), p. 122; PARRA LUCÁN, ob. cit. (*El leasing...*), p. XLV.

⁶⁹⁶ Ver *supra* N° 22.1.1. En todo caso, cabe señalar que excepcionalmente se menciona expresamente la acción resolutoria como parte del contenido de la subrogación. Así sucede en el modelo de contrato de Toyota Financial Services, cuya cláusula de subrogación fue transcrita, y en la condición general N° 2 del modelo de contrato de AELR

⁶⁹⁷ Ver CAMERA DI COMMERCIO DI MILANO, ob. cit., p. 552, donde se señala entre los usos del contrato de leasing financiero mobiliario que la empresa de leasing cede al usuario todas las acciones que emanan del contrato de compraventa, “con la sola exclusión de la de resolución”. Quienes se han pronunciado a este respecto opinan que tal exclusión es admisible y lícita, por tratarse de una subrogación convencional, por lo que el usuario carecerá de legitimación para resolver el contrato de compraventa. Ver al efecto GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*Leasing financiero mobiliario...*), p. 200; GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*En torno...*), p. 1.782; MARÍN LÓPEZ, ob. cit. (*Comentario a la STS de 24 de mayo de 1999*), p. 1.148.

⁶⁹⁸ Ver *infra* N° 24.3.2 el fundamento dado por los redactores de la Convención de Ottawa para incluir el art. 10.2 CUAFI.

efectos de la subrogación, que los asimila a los efectos de la cesión de crédito. Puede advertirse, pues, que los partidarios de la concepción bipartita del leasing financiero atribuyen a dicha cláusula un efecto *más amplio que el más amplio* predicado por la doctrina especializada y la jurisprudencia al art. 1.212. En este sentido, si la amplísima legitimación atribuida al usuario contra el proveedor en el marco de la tesis bipartita del leasing financiero carece de un fundamento dogmático razonable, se pone la defensa de los intereses del usuario en una muy difícil posición.

La situación en materia de **excepciones** resulta igualmente injustificada.

En el ámbito de la concepción bipartita del leasing financiero se dice que el proveedor, al ser demandado por el usuario en calidad de subrogado de la empresa de leasing, podrá oponer al usuario las mismas excepciones que podría haber opuesto a dicha empresa.⁶⁹⁹

Sin embargo, esta conclusión tan amplia tampoco tiene un correlato con el efecto propio de la subrogación convencional. En dicho ámbito parece haber acuerdo en que el deudor puede oponer al subrogado las excepciones reales, tanto las relativas a la obligación que lo liga con el acreedor original, como aquellas que deriven del pago.⁷⁰⁰ También hay acuerdo en que el deudor puede oponer las excepciones personales que tenga contra el subrogado.⁷⁰¹ En lo que hay discrepancia es en las excepciones personales que el deudor tuviera contra el antiguo acreedor. Algunos estiman que puede oponer

⁶⁹⁹ GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*Leasing financiero mobiliario...*), p. 196; GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*En torno...*), p. 1.781; GONZÁLEZ VÁSQUEZ, ob. cit., p. 1.315; GUTIÉRREZ GILSANZ, ob. cit., p. 120. En el ámbito de la cesión de créditos también en ocasiones se ha propuesto una regla así de amplia. Ver al efecto CASTÁN TOBEÑAS, ob. cit. T. III, p. 389-390, para quien el deudor puede oponer al cesionario todas aquellas excepciones y medios de defensa que tuviese contra el cedente, provenientes de causa anterior a su conocimiento de la cesión, a menos que, al serle notificada ésta, renunciase a ellos expresa o tácitamente.

⁷⁰⁰ BONDÍA ROMÁN, ob. cit., p. 1.013; FERNÁNDEZ VILLA, ob. cit. p. 503; RUBIO GARRIDO, ob. cit., p. 176 y 184, aunque con matices, ya que este autor hace una distinción en función del conocimiento o desconocimiento que el deudor tuvo de la subrogación; VATTIER FUENZALIDA, ob. cit., p. 513. A la misma conclusión se ha llegado en el marco de la cesión de créditos. Ver al efecto DIEZ-PICAZO, ob. cit. (Tomo II), p. 988-989; STS de 2 de septiembre de 2015 (RJ 2015/4761).

⁷⁰¹ BONDÍA ROMÁN, ob. cit., p. 1.013; FERNÁNDEZ VILLA, ob. cit. p. 503; RUBIO GARRIDO, ob. cit., p. 177 y 185; VATTIER FUENZALIDA, ob. cit., p. 513. En el marco de la cesión de créditos REPRESA POLO, ob. cit., p. 80-81.

todas aquellas que hayan nacido antes del pago que el *solvens* hace al acreedor.⁷⁰² Otros que distinguen en función de si el deudor tuvo o no participación en la subrogación, disponiendo que en el primer caso aquel podría oponer las excepciones personales anteriores a la subrogación y las posteriores que existieran hasta que tomó conocimiento de ella, mientras que en el segundo caso no podría oponer tales excepciones personales.⁷⁰³ El Tribunal Supremo, por su parte, ha dicho en alguna ocasión, al pasar y muy en general, que el deudor puede “oponer excepciones eficaces” al subrogado, sin hacer mayores distinciones.⁷⁰⁴

Como puede apreciarse también en este punto, la afirmación de que “el proveedor podrá oponer al usuario las mismas excepciones que podría haber opuesto a dicha empresa” tampoco es del todo cierta, sino que constituye (al igual que la afirmación que se analizó anteriormente respecto de las acciones del usuario contra el proveedor) una ampliación infundada de los efectos de la subrogación convencional y/o de la cesión de crédito.

22. 2. 8.- Otros efectos de la subrogación convencional.

Aparte de los efectos de la subrogación convencional que ya han sido tratados, vale la pena mencionar otros que pudieran tener importancia para los efectos de determinar los derechos y acciones que tendrá el usuario cuando su legitimación contra el proveedor se fundamenta de la forma que se hace en el marco de la concepción bipartita del leasing financiero. Entre ellos se pueden mencionar los siguientes:

A) La empresa de leasing queda desprovista de legitimación activa para dirigirse contra el proveedor. En este sentido se pronuncia alguna doctrina y jurisprudencia en relación al leasing financiero,⁷⁰⁵ lo que concuerda con el efecto de la subrogación en el

⁷⁰² BONDÍA ROMÁN, ob. cit., p. 1.013-1.014; FERNÁNDEZ VILLA, ob. cit. p. 503; VATTIER FUENZALIDA, ob. cit., p. 513, aunque con distinciones.

⁷⁰³ RUBIO GARRIDO, ob. cit., p. 178 y 185, aplicando los principios del art. 1.198 CC. En base a la misma norma se llega a un resultado similar en el marco de la cesión de créditos. Ver DIEZ-PICAZO, ob. cit. (Tomo II), p. 989; LACRUZ BERDEJO, ob. cit., p. 216.

⁷⁰⁴ STS de 29 de mayo de 1984 (RJ 1984/2804).

⁷⁰⁵ GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*Leasing financiero mobiliario...*), p. 196; SAP de Girona de 11 de julio de 2000 (JUR 2000/295221).

marco de la tesis amplia⁷⁰⁶ y con la cesión de créditos,⁷⁰⁷ en las que se produce un cambio de acreedor, de manera que el deudor deja de serlo del acreedor original (subrogante o cedente, en nuestro caso la empresa de leasing) y pasa a serlo del nuevo acreedor (subrogado o cesionario; en nuestro caso el usuario), debiendo pagar a este último para quedar liberado.

Una excepción a este principio podría estar constituida por la muy poco frecuente cláusula de subrogación específica,⁷⁰⁸ lo que daría lugar a una subrogación parcial.

El art. 1.213 CC regula la situación de subrogación parcial (también aplicable a la subrogación convencional⁷⁰⁹), disponiendo que concurren como acreedores el subrogado (por la parte del crédito parcialmente pagada⁷¹⁰) y el subrogante, con preferencia de este último sobre el primero.⁷¹¹ Sin embargo, creo que de dicha norma no puede extraerse la conclusión de que en un caso de cláusula de subrogación específica la empresa de leasing debería concurrir con preferencia al usuario respecto de las acciones no transferidas. Ello pues el art. 1.213 CC, al igual que las restantes disposiciones aplicables a la subrogación,

⁷⁰⁶ BONDÍA ROMÁN, ob. cit., p. 1.001 y 1.002, para quien el acreedor originario se desentiende absolutamente del crédito transmitido; CAÑIZARES LASO, ob. cit., p. 132; LACRUZ BERDEJO, ob. cit., p. 216; STS de 15 de noviembre de 1990 (1990/8948); STS de 13 de febrero de 1988 (RJ 1988/1985).

⁷⁰⁷ MUÑIZ ESPADA, ob. cit., p. 1.356; PANTALEÓN PRIETO, ob. cit., p. 1.103-1.104; REPRESA POLO, ob. cit., p. 29; STS de 15 de julio de 2009 (RJ 2009/4472); STS de 25 de enero de 2008 (RJ 2008/307), que expresa claramente que *“el cedente queda fuera de la relación jurídica obligacional; su derecho de crédito ha pasado al cesionario. Por ello, aquél nada puede reclamar, ya que ningún derecho tiene, por haberlo cedido”*; STS de 13 de julio de 2004 (RJ 2004/4671); STS de 26 de septiembre de 2002 (RJ 2002/7873). Es del caso recordar, sin embargo, que en la cesión de crédito producida en el marco de una relación sinalagmática, si bien hay un cambio de acreedor, el cedente mantiene la calidad de deudor de la obligación correlativa al crédito cedido.

⁷⁰⁸ Debe recordarse que, como se dijo *supra* N° 22.2.1, en la práctica las cláusulas de subrogación predisuestas por las empresas de leasing suelen ser genéricas.

⁷⁰⁹ LACRUZ BERDEJO, ob. cit., p. 227-228, que estudia la norma dentro de los efectos de toda subrogación; RUBIO GARRIDO, ob. cit., p. 146-150 estima que el art. 1.213 se aplica a la subrogación convencional, pero con carácter dispositivo; SANCHO REBULLIDA, ob. cit., p. 792; VATTIER FUENZALIDA, ob. cit., p. 514.

⁷¹⁰ FERNÁNDEZ VILLA, ob. cit. p. 505.

⁷¹¹ Según la doctrina, esta preferencia que se extendería no sólo a las garantías del crédito, sino también a todo el patrimonio del deudor. En este sentido, DIEZ-PICAZO, ob. cit. (Tomo II), p. 1.003; FERNÁNDEZ VILLA, ob. cit. p. 506; SANCHO REBULLIDA, ob. cit., p. 792.

operan sobre la base del pago del tercero al acreedor de una deuda dineraria,⁷¹² caso en el que tiene sentido dirimir quién tiene preferencia para dirigirse contra el deudor en caso de que el tercero pague parcialmente al acreedor (el tercero, por la suma pagada para reembolsar del deudor lo que pagó al acreedor; o el acreedor para dirigirse contra el deudor por la suma que no le ha sido satisfecha). Tal regulación no tiene sentido en el caso de la transferencia de acciones que opera en el leasing, ya que si la empresa de leasing cede al usuario sólo alguna(s) de las acciones que tiene contra el proveedor, por regla general no habrá preferencia que dirimir, ya que la cedente conservará las acciones no transferidas (así, si sólo cedió la acción de cumplimiento, conservará todas las demás acciones que le corresponden como compradora).⁷¹³ Ni siquiera tendría aplicación el art. 1.213 en el caso de la acción de indemnización de daños y perjuicios, ya que dicha norma se refiere al cobro de la deuda, no a las acciones que emanan del incumplimiento del contrato del que forma parte dicha deuda.

Lo anteriormente expuesto viene a demostrar, una vez más, que las normas de la subrogación están diseñadas para un supuesto de hecho absolutamente distinto al que es propio del leasing financiero, lo que constituye un serio obstáculo a su aplicación en la operación que analizamos.⁷¹⁴

B) Los pactos que se produzcan entre el acreedor subrogante (empresa de leasing) y el tercero subrogado (usuario) son, en principio, inoponibles al deudor (proveedor), al tratarse de relaciones que se producen en virtud del acuerdo de subrogación, en el que el deudor es un tercero.⁷¹⁵ Este efecto también podría significar un perjuicio para el usuario, ya que al contenerse la cláusula de subrogación en un contrato (el de leasing) en el que el proveedor es un tercero, éste perfectamente podría alegar la inoponibilidad de algún beneficio particular que se haya pactado entre la empresa de leasing y el usuario.

⁷¹² Sobre esta base opera la doctrina también al hacer el análisis del art. 1.213. Ver al efecto FERNÁNDEZ VILLA, ob. cit. p. 503-508; LACRUZ BERDEJO, ob. cit., p. 228; RUBIO GARRIDO, ob. cit., p. 150-155; VATTIER FUENZALIDA, ob. cit., p. 514.

⁷¹³ A esta solución puede llegarse también aplicando los principios de la cesión de créditos. Ver PANTALEÓN PRIETO, ob. cit., p. 1.090-1.091, para quien no habrá prelación salvo pacto en contrario entre cedente y cesionario.

⁷¹⁴ El punto fue tratado *supra* N° 22.2.3.

⁷¹⁵ STS de 15 de noviembre de 1990 (1990/8948).

C) Si se quieren aplicar a la subrogación los efectos de la cesión de crédito, resulta aplicable el principio de acuerdo al que el deudor (proveedor) no puede quedar frente al nuevo acreedor (usuario) en una situación peor a la que se encontraba con el anterior acreedor (empresa de leasing), por lo que no puede quedar obligado a cumplir por más de lo que debía al anterior acreedor, ni la prestación resultarle más gravosa.⁷¹⁶ Como consecuencia de este principio proveedor podrá negar al usuario cualquier prestación que habría podido negar a la empresa de leasing.⁷¹⁷

22. 2. 9.- (Des)protección de los intereses del usuario en la concepción bipartita.

Sin perjuicio de que, como se ha visto en los puntos anteriores, la amplísima legitimación atribuida al usuario para dirigirse contra el proveedor en virtud de la cláusula de subrogación resulta muy poco fundada desde el punto de vista dogmático, los términos en que se plantea dicha legitimación pueden conllevar una desprotección de los intereses del usuario.

Ello pues se hace depender la legitimación del usuario exclusivamente de unas cláusulas de exoneración y subrogación que son redactadas unilateralmente por la empresa de leasing, quien puede darles mayor o menor amplitud a su entero arbitrio. Así, puede exonerarse de todas o parte de las obligaciones que como cedente del uso le corresponden en el marco de la concepción bipartita, siendo lo más usual que lo haga de todas. En este escenario, la legitimación del usuario para dirigirse contra el proveedor dependerá de la amplitud o restricción con que la empresa de leasing redacte la cláusula de subrogación,⁷¹⁸ que teóricamente puede ser específica o genérica.⁷¹⁹ Si es específica, el

⁷¹⁶ CASTÁN TOBEÑAS, ob. cit. T. III, p. 389; GAVIDIA SÁNCHEZ, ob. cit., p. 222; NAVARRO PÉREZ, ob. cit., p. 351-352; PANTALEÓN PRIETO, ob. cit., p. 1.116; REPRESA POLO, ob. cit., p. 30; El mismo principio se recoge en los arts. 9.1.4(b) y 9.1.8 PUCCI.

⁷¹⁷ GAVIDIA SÁNCHEZ, ob. cit., p. 225.

⁷¹⁸ Incluso puede que no se incluya la cláusula de subrogación (ver *supra* N° 22.2.4), o que se deje la legitimación del usuario contra el proveedor al arbitrio de la empresa de leasing, como sucedió en la STS de 28 de septiembre de 2016 (RJ 2016/205811), caso en que se obligaba al usuario a pedir a la empresa de leasing la cesión de la acción resolutoria del contrato de compraventa una vez que se hubiese producido el incumplimiento del proveedor, quedando al criterio de dicha empresa la cesión, debiendo el usuario abonar la totalidad del precio del contrato. Lamentablemente el Tribunal no entró a calificar la cláusula, ya que se desechó el recurso por falta de interés casacional.

⁷¹⁹ Como se expuso *supra* N° 22.2.1, las cláusulas de exoneración redactadas en la práctica suelen tener carácter genérico.

usuario sólo resultará legitimado para ejercitar las acciones expresamente cedidas, produciéndose por las no cedidas una situación de exoneración sin subrogación, que ha sido resuelta de modo poco satisfactorio, según se ha visto.⁷²⁰ Si es genérica, la legitimación del usuario contra el proveedor dependerá de la tesis que se adopte respecto de los efectos de la subrogación. De adoptarse la tesis restringida, el usuario tendrá muy poco margen de acción,⁷²¹ pero es que incluso de adoptarse la tesis amplia (como parece hacerlo la doctrina y la jurisprudencia dominante), resulta muy dudoso que el usuario pueda “ejercitar todos los derechos y acciones que le corresponden a la empresa de leasing contra el proveedor en virtud del contrato de compraventa, en las mismas condiciones que podría hacerlo la empresa de leasing como compradora”.⁷²²

Pero este no es el único problema que debe enfrentar el usuario para intentar dirigirse contra el proveedor, ya que tenemos otro adicional derivado precisamente de entender la operación como compuesta por dos contratos negociados de forma independiente: el usuario puede ver lesionados sus intereses porque la empresa de leasing, incluso en colusión con el proveedor, pudiera estar interesada en perjudicar la posición jurídica del primero limitando de manera arbitraria el número de acciones que le transferirá. Así, por ejemplo, dicha empresa podría pactar una cláusula penal que limite el monto de los daños y perjuicios a indemnizar,⁷²³ o podría renunciar en el contrato de compraventa a la acción resolutoria o alguna otra que le corresponda como comprador, de manera que cuando se produzca alguna contingencia (falta de entrega, entrega tardía, falta de conformidad, etc.), el usuario no encuentre dichas acciones entre aquellas que se le transfieren por subrogación. Esta situación beneficia de manera evidente al proveedor, que quedará a cubierto de cualquier demanda en caso de incumplimiento (razón por la que podría estar interesado en participar del ardid)⁷²⁴ y a la empresa de leasing, que

⁷²⁰ Ver *supra* N° 22.2.4.

⁷²¹ Ver *supra* N° 22.2.5.

⁷²² Ver *supra* N° 22.2.7.

⁷²³ Esta situación será tratada *infra* N° 48.

⁷²⁴ Debe recordarse en este punto que si se aplican a la subrogación convencional los efectos de la cesión de crédito, rige el principio de no empeoramiento de la situación del deudor (en nuestro caso, el proveedor), que se menciona *infra* N° 22.2.8, y que según GAVIDIA SÁNCHEZ, ob. cit., p.

disminuirá las posibilidades de que se vea cuestionado el contrato de leasing como consecuencia de las disfunciones contractuales de la compraventa (por ejemplo, que como consecuencia de la resolución de la compraventa se declare la resolución del contrato de leasing).⁷²⁵ El supuesto en análisis se agrava en caso de que el usuario no tenga acceso al contrato de compraventa celebrado entre el proveedor y la empresa de leasing,⁷²⁶ que es un documento que necesariamente debería acompañar al usuario en su escrito de demanda contra el proveedor,⁷²⁷ ya que de otro modo la acción debería ser rechazada.⁷²⁸

225 tiene por consecuencia el permitir al deudor negar al cesionario (en nuestro caso el usuario) cualquier prestación que habría podido negar al cedente (empresa de leasing).

⁷²⁵ Muy pocos autores se manifiestan sobre esta posibilidad, y cuando lo hacen se limitan a constatar una actuación dolosa o de mala fe por parte de la empresa de leasing, con la consecuencia que se expondrá más adelante. Ver, por ejemplo, BUITRAGO RUBIRA, ob. cit. (*El leasing mobiliario...*), p. 243 y GUTIÉRREZ GILSANZ, ob. cit., p. 103-104.

⁷²⁶ Como se vio *supra* N° 17.2, esta situación es regulada expresamente en la sección 2A-103(1)(g)(iii), pero el legislador estadounidense se preocupó de establecer mecanismos para que el usuario conozca de antemano las prestaciones que podrá (o no podrá) exigir al proveedor, situación que podría no darse en países cuyo ordenamiento no establezca tales mecanismos y cuya práctica mercantil siga a ultranza la concepción bipartita con negociación separada de ambos contratos, en los que se puede dar la circunstancia de que el usuario no tenga acceso al contrato de compraventa y sólo se entere *ex post* de las limitaciones de su legitimación contra el proveedor.

⁷²⁷ CABANILLAS SÁNCHEZ, ob. cit. (*La configuración...*), p. 1.007; CHULIA VICENT y BELTRÁN ALANDETE, ob. cit., p. 53 y 58, quienes aclaran que el contrato de leasing es necesario para analizar la legitimación del usuario contra el proveedor, mientras que el contrato de compraventa es indispensable para los derechos que puede invocar el usuario; GARCÍA SOLÉ, ob. cit. (*La subrogación...*), p. 1.070; GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*Leasing financiero mobiliario...*), p. 196; GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*En torno...*), p. 1.782; GUTIÉRREZ GILSANZ, ob. cit., p. 122, Nota N° 185; MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, ob. cit., p. 226, Nota N° 21; RODRÍGUEZ-ROVIRA, ob. cit., p. 1.181.

A este respecto cabe mencionar que se ha atribuido a la empresa de leasing la obligación de proporcionar al usuario los medios para hacer efectiva la subrogación. En este sentido, CABANILLAS SÁNCHEZ, ob. cit. (*La configuración...*), p. 1.007; GARCÍA SOLÉ, ob. cit. (*La subrogación...*), p. 1.070; GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*Leasing financiero mobiliario...*), p. 196; GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*En torno...*), p. 1.782; GONZÁLEZ VÁSQUEZ, ob. cit., p. 1.311; GUTIÉRREZ GILSANZ, ob. cit., p. 122, Nota N° 185; SANTOS SÁNCHEZ, ob. cit., p. 479; SAT de Valencia de 2 de diciembre de 1986 (RAJ 1986/7157). También se ha propuesto que en caso de que la empresa de leasing niegue el acceso a los documentos referidos a la compraventa, el usuario pueda acreditar el carácter con que litiga acompañando el contrato de leasing, donde se consagra la subrogación y los datos del contrato de compraventa, pudiendo designar el domicilio de dicha empresa para la obtención de los documentos referidos a la compraventa. En este sentido, GARCÍA GARNICA, ob. cit. (*El régimen jurídico...*), p. 202, Nota N° 43; GARCÍA SOLÉ, ob. cit. (*La subrogación...*), p. 1.070. En el ámbito de la subrogación en general, ver RUBIO GARRIDO, ob. cit., p. 155-158.

⁷²⁸ Así sucedió en el caso que dio lugar a la SAT de Valencia de 2 de diciembre de 1986 (RAJ 1986/7157), donde se expresa que “cabe estimar como probada la existencia de dicho contrato (el de

Para hacer frente a esta situación, los partidarios de la concepción bipartita del leasing financiero reaccionan estableciendo nuevamente como sanción la restricción de la cláusula de exoneración de responsabilidad de la empresa de leasing, quien debería responder frente al usuario por el incumplimiento del proveedor, en este caso por haber actuado dolosamente.⁷²⁹ Como se ha visto anteriormente, esta solución resulta poco satisfactoria desde el punto de vista práctico y, además, pone en evidencia las debilidades de la concepción bipartita del leasing financiero, que para resolver los problemas a que da lugar la configuración de la operación como compuesta por dos contratos distintos se ve obligada a pasar por alto su carácter financiero y la pretendida conexión entre contrato de compraventa y de leasing, quedando la operación configurada como un mero arrendamiento entre empresa de leasing y usuario.⁷³⁰

Como puede apreciarse, los problemas aquí analizados surgen como resultado de concebir la existencia de dos contratos distintos, cada uno de los cuales tiene unas cláusulas pactadas de forma independiente de las del otro. Desde la óptica de la concepción unitaria del leasing financiero la situación es claramente diversa, ya que la operación queda constituida en base a un solo contrato que debe contar en todos sus extremos con el consentimiento de las tres partes, aun cuando se documente en instrumentos diversos (como sucede en la práctica).⁷³¹ Ello supone que el usuario cuente con los documentos por medio de los que se formalice la operación, y consienta las cláusulas contenidas en todos dichos documentos. De esta forma no existe el riesgo de que determinados puntos sean pactados exclusivamente por dos de las partes en perjuicio de la tercera, y cualquier restricción en la legitimación del usuario contra el proveedor contará

compraventa), pero en los autos no está el documento en que se reflejó el mismo y desconocemos en absoluto sus condiciones, incluido el importante detalle del precio. Esta Sala no podría estimar la demanda condenando a la demandada a pagar una cantidad de dinero sin declarar rescindido o anulado el contrato, y para ello se encuentra con el obstáculo insalvable de que no tiene constancia de los términos del mismo, incluido el precio" (la aclaración entre paréntesis es mía).

⁷²⁹ Se debe recordar que en el marco de la concepción bipartita del leasing financiero se propone esta sanción para los casos en que la empresa de leasing interviene en la elección del bien o del proveedor, cuando proveedor y empresa de leasing estén vinculados (ver *supra* N° 22.1.1) y, en general, cuando no se cumplen los requisitos establecidos para la validez de la cláusula de exoneración, como cuando la empresa de leasing actúa con dolo (caso que se analiza ahora), o cuando no se incluye en el contrato la cláusula de subrogación (ver *supra* N° 22.1.4 y N° 22.2.4).

⁷³⁰ Ver *supra* N° 22.1.4.

⁷³¹ Ver *infra* N° 27.2, 27.4.1 y 27.4.4

de antemano con el consentimiento libre del usuario, quien sabrá desde el principio cuáles son los riesgos que asume, cuáles son las obligaciones que el proveedor contrae en su favor y cuáles son las acciones que podrá ejercitar contra éste, debiendo solucionarse cualquier problema en base al consentimiento de las tres partes o, si ello no es posible, en un solo juicio con intervención de las tres partes donde se establezcan las respectivas responsabilidades y, en su caso, se liquide la operación en su conjunto, sin que queden relaciones jurídicas pendientes de resolver, como sucede con la solución propuesta en el ámbito de la concepción bipartita.⁷³²

23.- LA ACCIÓN DIRECTA DERIVADA DE LA CONEXIÓN CONTRACTUAL.

Como se mencionó anteriormente, un discutible efecto atribuido a la conexión contractual es la existencia de acciones directas entre sujetos que no están vinculados contractualmente entre sí pero que forman parte de una misma operación. En nuestro caso ello se traduciría en la atribución de una acción directa del usuario contra el proveedor para hacer efectivos los derechos que a la empresa de leasing corresponden como vendedora, la que derivaría de la conexión existente entre el contrato de compraventa y el de leasing propiamente dicho, y que sería independiente de las cláusulas de exoneración y subrogación. Esta acción directa ha sido planteada por un sector de la doctrina, pero ha sido rechazado por otro, sin que hasta la fecha exista un reconocimiento jurisprudencial.⁷³³

⁷³² Si se adopta la solución propuesta por los partidarios de la concepción bipartita y se hace responder a la empresa de leasing frente al usuario o, en caso extremo, se autoriza a éste a resolver el contrato de leasing propiamente dicho por actuación dolosa de la empresa de leasing, quedará en ascuas la vigencia del contrato de compraventa, lo que dará lugar a un segundo juicio entre empresa de leasing y proveedor.

⁷³³ Ver *supra* N° 15.3. Merece la pena siquiera mencionar la existencia de otras teorías para fundamentar una acción directa del usuario contra el proveedor. Entre ellas está la que concibe la existencia de una estipulación a favor de tercero donde el proveedor sería el promitente, la empresa de leasing sería el estipulante y el usuario sería el beneficiario, planteada por GUTIÉRREZ GILSANZ, ob. cit., p. 188. Por su parte, ROJO AJURIA, ob. cit. (*Leasing mobiliario*), p. 237ss ha intentado justificar una acción directa argumentando que en el leasing financiero se produciría una situación de *interposición de persona*, en virtud de la cual debe considerarse que el contrato de compraventa se celebra directamente entre el proveedor y el usuario (contratante oculto), mientras que la empresa de leasing sólo sería un contratante aparente que ostenta formalmente el dominio del bien como garantía de pago de la suma que, en su calidad de intermediario financiero, ha pagado al proveedor.

Sin perjuicio de lo discutible de la acción directa derivada de la conexión contractual, merece la pena hacer una breve referencia a las acciones que otorgaría al usuario contra el proveedor, y a las excepciones que otorgaría a éste frente a aquel.

En el aspecto activo, el ejercicio de la acción directa no estaría supeditado a que el acreedor (usuario) se dirija previamente contra su deudor directo (empresa de leasing), ya que no se trata de una acción subsidiaria.⁷³⁴ Sin embargo, se ha dicho que, en virtud del art. 1.102 CC, la acción directa no impide el ejercicio de las acciones que el acreedor tenga contra su deudor directo si éste hubiese obrado con dolo o culpa grave, a pesar de la cláusula de exoneración.⁷³⁵ Más aun, alguna doctrina ha entendido que frente al acreedor (usuario) los dos obligados (proveedor y empresa de leasing) tendrían una obligación solidaria, ya que las características de este tipo de obligación calzarían con los supuestos de la acción directa: los dos deudores tienen frente al acreedor una obligación con el mismo contenido, pero que responden en cada caso a títulos distintos; la deuda pesa en su totalidad sobre uno de los obligados; y el pago hecho por uno de ellos libera a los dos deudores.⁷³⁶ De ello cabe concluir que los partidarios de la acción directa entienden que el usuario puede ejercitar en virtud de ella todas y cada una de las acciones que la empresa de leasing podría ejercitar contra el proveedor, sin que se mencione limitación alguna.

En cuanto a las excepciones oponibles por el deudor demandado (proveedor) al demandante (usuario), se ha dicho que puede oponer los medios de defensa derivados de su relación con el deudor intermedio (es decir, del contrato de compraventa que celebró con la empresa de leasing),⁷³⁷ pero que una vez ejercitada la acción directa, quedaría

⁷³⁴ BERNAD MAINAR, ob. cit., p. 1.468; LÓPEZ FRÍAS, ob. cit. (*Los contratos conexos...*), p. 314; PASQUAU LIAÑO, ob. cit., p. 83-85.

⁷³⁵ LÓPEZ FRÍAS, ob. cit. (*Los contratos conexos...*), p. 318, con relación a la generalidad de los contratos conexos, sin referencia específica al leasing financiero. Ver además *supra* N° 22.1.4, donde se expuso que en el marco de la tesis bipartita del leasing financiero la sanción que se atribuye a los casos de actuación dolosa de la empresa de leasing es la limitación de la cláusula de exoneración y, en consecuencia, la responsabilidad de la empresa de leasing frente al usuario.

⁷³⁶ BERNAD MAINAR, ob. cit., p. 1.467; LÓPEZ FRÍAS, ob. cit. (*Los contratos conexos...*), p. 313-314; PASQUAU LIAÑO, ob. cit., p. 100-101. Ver *supra* N° 15.4, donde se expone la contradictoria solución planteada para resolver el problema de si existe o no litis consorcio pasivo necesario en los casos de ejercicio de acción directa, contradicción que emana precisamente de considerar la existencia de una obligación solidaria por parte de los obligados (proveedor y empresa de leasing) respecto del acreedor (usuario).

⁷³⁷ BERNAD MAINAR, ob. cit., p. 1.468; LÓPEZ FRÍAS, ob. cit. (*Los contratos conexos...*), p. 315; PASQUAU LIAÑO, ob. cit., p. 91.

inmovilizado el crédito del acreedor intermedio contra el deudor final (es decir, el crédito de la empresa de leasing contra el proveedor), por lo que el proveedor no podría oponer al usuario las defensas que tuviera contra la empresa de leasing y que nazcan después del ejercicio de la acción directa.⁷³⁸ Por otra parte, se ha dicho que el deudor final (proveedor) podría oponer al demandante (usuario) las excepciones derivadas del contrato celebrado por éste con el deudor intermedio (es decir, las derivadas del contrato de leasing), ya que el usuario no puede tener frente al proveedor más derechos de los que tendría contra la empresa de leasing, que es su contratante directo.⁷³⁹ A fin de aplicar este régimen de excepciones se propone distinguir entre excepciones reales y personales en base a las normas de la solidaridad pasiva del art. 1.148 CC, por lo que el proveedor podría oponer al usuario las excepciones objetivas (pago, subrogados del cumplimiento, nulidad) derivadas del contrato de compraventa y del de leasing, así como las subjetivas o personales (vicios del consentimiento, remisión, minoría de edad) que en él concurran.⁷⁴⁰

24.- LA ACCIÓN DIRECTA DE CARÁCTER LEGAL.

24. 1.- Aspectos generales.

En aquellos ordenamientos jurídicos que regulan sustantivamente el leasing financiero, la fórmula utilizada para legitimar al usuario contra el proveedor es el establecimiento de una acción directa que emana de la respectiva ley. Se estudiarán aquí las acciones directas contempladas en el UCC, la CUAFL, la LMUL y el ACM.

Como característica general se puede decir que todos ellos establecen una norma por medio de la que se exonera a la empresa de leasing de todas o casi todas las obligaciones que (de seguir estrictamente la concepción bipartita del leasing financiero) corresponderían a la empresa de leasing, otra norma que establece la irrevocabilidad e

⁷³⁸ BERNAD MAINAR, ob. cit., p. 1.468; LÓPEZ FRÍAS, ob. cit. (*Los contratos conexos...*), p. 315-316; PASQUAU LIAÑO, ob. cit., p. 91

⁷³⁹ BERNAD MAINAR, ob. cit., p. 1.468; LÓPEZ FRÍAS, ob. cit. (*Los contratos conexos...*), p. 316-317; PASQUAU LIAÑO, ob. cit., p. 90-91. Así, por ejemplo, si el usuario demanda al proveedor para que le pague los gastos de reparación del bien, y dichos gastos ya fueron pagados por la empresa de leasing, el proveedor podría oponer esta excepción al usuario, ya que de otra manera obtendría un doble pago.

⁷⁴⁰ LÓPEZ FRÍAS, ob. cit. (*Los contratos conexos...*), p. 317-318, con relación a la generalidad de los contratos conexos.

independencia de las obligaciones del usuario para con dicha empresa y finalmente una norma por medio de la que se otorga al usuario una acción directa contra el proveedor para exigir el cumplimiento de aquellas obligaciones de las que la empresa de leasing resulta legalmente exonerada. Como puede apreciarse, se trata de consagrar mediante normas de Derecho positivo lo que en aquellos ordenamientos que carecen de ese tipo de regulación se consigue a través de las cláusulas de exoneración, subrogación e irrevocabilidad e independencia, intentando de este modo dar a la operación un carácter financiero.

24. 2.- Uniform Commercial Code de Estados Unidos.

24. 2. 1.- La exoneración de la empresa de leasing.

No hay en el UCC una norma que contemple una cláusula de exoneración propiamente dicha, sino que dicha exoneración debe desprenderse por exclusión. Ello pues el art. 2A reconoce a todo arrendatario la posibilidad de exigir a su arrendador las garantías explícitas que éste haya hecho al usuario,⁷⁴¹ y además impone al arrendador una serie de garantías implícitas,⁷⁴² pero al regular cada una de estas últimas garantías se hace la excepción para el leasing financiero, salvo en el caso de la garantía implícita de posesión tranquila.⁷⁴³ De ello puede deducirse que la empresa de leasing está exonerada de toda responsabilidad frente al usuario, salvo dos excepciones:

- A. Debe responder por las garantías que expresamente haya otorgado al usuario.⁷⁴⁴
- B. Debe responder por la garantía implícita de posesión tranquila del bien, única de esta especie que el UCC asigna a la empresa de leasing a favor del usuario.⁷⁴⁵ Se ha

⁷⁴¹ Sección 2A-210.

⁷⁴² Secciones 2A-211, 2A-212 y 2A-213.

⁷⁴³ Secciones 2A-211(1).

⁷⁴⁴ ALI y NCCUSL, ob. cit. (*Official Comment*), sección 2A-211; LAWRENCE y MINAN, ob. cit., p. 543; SCHOENFELD, ob. cit., p. 577, quien explicita que el usuario no tiene acción directa contra el proveedor en virtud de estas garantías ofrecidas por la empresa de leasing; WHITE et. al., ob. cit. (vol. 2), p. 13. Por su parte, BRESLAUER, ob. cit., p. 329, HEERMANN, ob. cit., p. 329, Nota N° 118 y NIMMER, ob. cit., p. 570 observan que las empresas de leasing no suelen establecer en sus contratos estas garantías adicionales expresas.

⁷⁴⁵ ALI y NCCUSL, ob. cit. (*Official Comment*), sección 2A-211; HEERMANN, ob. cit., p. 321; SCHOENFELD, ob. cit., p. 577; WHITE et. al., ob. cit. (vol. 2), p. 13. En todo caso, BRESLAUER, ob. cit., p. 329 advierte que debido al limitado rol de la empresa de leasing en la elección del bien,

resuelto que la infracción de esta garantía no requiere que el reclamo del tercero sea insuperable, sino que basta que sea aparentemente válida o genuina.⁷⁴⁶

En todo caso, tales garantías pueden ser excluidas.⁷⁴⁷

La exoneración de responsabilidad de la empresa de leasing ha sido justificada por el carácter financiero de la operación y su limitada intervención en la selección, fabricación y suministro del bien, requerida en la sección 2A-103(1)(g)(i) para que el leasing pueda ser calificado como financiero.⁷⁴⁸ A este respecto cabe observar que el UCC no contiene reglas especiales que hagan excepción a la exoneración por el hecho de depender la empresa de leasing del proveedor.⁷⁴⁹

tendrá escasa aplicación práctica la garantía de posesión tranquila, que requiere que la reclamación o el interés del tercero provenga de un acto u omisión de dicha empresa. El autor pone como ejemplo de aplicación de la norma el supuesto en que la empresa de leasing no pague el precio al proveedor. En el mismo sentido HEERMANN, ob. cit., p. 329, Nota N° 118.

⁷⁴⁶ EUREKA BROADBAND CORP. v. WENTWORTH LEASING CORP., United States Court of Appeals for the First Circuit, 7 de marzo de 2005.

⁷⁴⁷ Sección 2A-214.

⁷⁴⁸ FIRST FED. FIN. SERV. V. DERRINGTON'S CHEVRON, INC., Court of Appeals of Wisconsin, 22 de septiembre de 1999; GE CAPITAL CORP. v. NATIONAL TRACTOR TRAILER SCH., Supreme Court of New York, Onondaga County, 17 de noviembre de 1997; ALI y NCCUSL, ob. cit. (*Official Comment*), sección 2A-103(1)(g); BRESLAUER, ob. cit., p. 324; GROSS, ob. cit., p. 135 y 141-142; SPAK, ob. cit., p. 93. Ver en el mismo sentido la cláusula de exoneración de responsabilidad de la empresa de leasing transcrita en DE LAGE LANDEN FIN. SERVS. v. CRICKET'S TERMITE CONTROL, INC., Court of Appeal of Florida, Fifth District, 1 de diciembre de 2006. En el mismo sentido se afirma con frecuencia que el proveedor estará en mejor posición que el concedente para responder frente al usuario por los problemas referidos al bien. Ver, por todos, GROSS, ob. cit., p. 142. En todo caso, en ALI y NCCUSL, ob. cit. (*Official Comment*), sección 2A-103(1)(g) se advierte que la función de la empresa de leasing no se restringe sólo a la provisión de fondos, ya que si asume otras funciones y garantías (adicionales a las legales), el contrato y el *common law* protegerán al usuario. El problema reside en que, como señala NIMMER, ob. cit., p. 570, las empresas de leasing no suelen establecer garantías adicionales expresas en sus contratos.

⁷⁴⁹ Ver ALI y NCCUSL, ob. cit. (*Official Comment*), sección 2A-103(1)(g), donde se dice que la determinación de si la operación califica o no como *finance lease* en este caso debe ser realizada en base a la situación de hecho específica que se esté analizando. El punto ha sido objeto de discusión por parte de la doctrina. Así, SCHOENFELD, ob. cit., p. 586-588, opina que en aquellos casos de empresas de leasing que tengan una relación muy estrecha con el proveedor (por ejemplo, por ser una empresa de leasing creada para dar financiamiento a las ventas del proveedor), el Tribunal, en aplicación de la doctrina de "*close connectedness*" podría estimar que no se da el requisito establecido en la sección 2A-103(1)(g)(ii), desestimando de esta forma la calificación del contrato como leasing financiero y denegando, a la empresa de leasing, consecuentemente, la protección que le otorga el art. 2A, al no tratarse de empresas independientes. En el mismo sentido parece pronunciarse SCHROTH, ob. cit. p. 449. En contra, WHITE et. al., ob. cit. (vol. 2), p. 10-11 opinan que el factor de relación entre proveedor y empresa de leasing no es suficiente para desnaturalizar un contrato de

24. 2. 2.- La irrevocabilidad e independencia (hell or high water clause).

La sección 2A-407 UCC consagra este principio en los siguientes términos:

(1) *En el caso de un arrendamiento financiero que no sea un arrendamiento de consumo, las promesas del arrendatario contenidas en el contrato de arrendamiento se convierten en irrevocables e independientes cuando el arrendatario acepta las mercaderías.*

(2) *Una promesa convertida en irrevocable e independiente conforme a la subsección (1):*

(a) *es eficaz y ejecutable entre las partes, y por terceros o contra terceros, incluyendo a los cesionarios de las partes; y*

(b) *no queda sometida a la resolución, terminación, modificación, rescisión, incumplimiento, excusa o sustitución sin el consentimiento de la parte favorecida por dicha promesa.*

(3) *Esta subsección no afecta la validez, conforme a cualquier otra norma, de una cláusula de un contrato de arrendamiento que haga irrevocables e independientes las promesas del arrendatario cuando el arrendatario acepte las mercaderías”.*⁷⁵⁰

La irrevocabilidad e independencia, ampliamente aplicada por los Tribunales,⁷⁵¹ es un efecto que legalmente produce la operación, por lo que no requiere que las partes la

leasing financiero industrial, sin perjuicio de que en el leasing financiero con consumidores sea aconsejable tratar a proveedor y concedente relacionados como una sola parte.

⁷⁵⁰ La traducción ha sido extraída de GARRIDO, ob. cit., p. 171.

⁷⁵¹ Ver C & J VANTAGE LEASING CO. v. WOLFE, Supreme Court of Iowa, 4 de marzo de 2011; FIELDTECH AVIONICS & INSTRUMENTS, INC. v. COMPONENT CONTROL COM., INC., Court of Appeals of Texas, Second District, Fort Worth, 7 de agosto de 2008; WELLS FARGO FIN. LEASING, INC. v. MT. RENTALS OF GATLINBURG, Court of Appeals of Tennessee, at Knoxville, 29 de octubre de 2007; UNITED STATES ACHIEVEMENT ACAD., LLC v. PITNEY BOWES, INC., United States District Court for the Eastern District of Kentucky, 18 de octubre de 2006, caso en que la Corte dio lugar a algunas pretensiones del usuario contra el proveedor por un bien no conforme, sin perjuicio de lo cual dio lugar a la reconversión entablada por la empresa de leasing, ordenando al usuario pagar todas las cuotas de leasing, debidas en virtud de la cláusula *hell or high water*; DIRECT CAPITAL CORP. v. NEW ABI, INC., Supreme Court of New York, Kings County, 4 de octubre de 2006, ordenando el pago de cuotas debidas a pesar de las fallas del equipo; LYON FIN. SERVS. V. PROTECH PLUMBING & HEATING, INC., Court of Appeals of Minnesota, 2 de marzo de 2004; HINKEL EXCAVATION & CONSTR., INC. v. CONSTR. EQUIP. INT’L, LTD, United States District Court for the Northern District of Iowa, Western Division, 10 de abril de 2001; GE CAPITAL CORP. v. NATIONAL TRACTOR TRAILER SCH., Supreme Court of New York, Onondaga County, 17 de noviembre de 1997. En cuanto a la doctrina, ver ALI y NCCUSL, ob. cit. (Official Comment), sección 2A-407; BRESLAUER, ob. cit., p. 326-329; GROSS, ob. cit., p. 146-147; GARVIN, ob. cit., p. 292; LAWRENCE y MINAN, ob. cit., p. 547-548; WHITE et. al., ob. cit. (vol. 2), p. 14.

prevean especialmente en el contrato,⁷⁵² aunque aquellas pueden darle un alcance más o menos restrictivo⁷⁵³ y pactarla en otros contratos de leasing para los cuales la ley no la prevé específicamente,⁷⁵⁴ como sucede en los leasing financiero que sean calificados como compraventa garantizada (*security interest*).⁷⁵⁵ Esta norma no priva al usuario del derecho a indemnización por el incumplimiento de la empresa de leasing, derecho que el usuario puede ejercer descontando de las cuotas pendientes el monto de los perjuicios.⁷⁵⁶

Este principio está fundamentado en el carácter financiero de la actuación de la empresa de leasing,⁷⁵⁷ que busca desentenderse de los problemas relativos al uso del bien, cuyo riesgo transfiere al usuario, intentando desligar la operación financiera del

⁷⁵² ALI y NCCUSL, ob. cit. (*Official Comment*), sección 2A-407, N° 1, donde se expresa que la norma tiene carácter de *self-executing*; BRESLAUER, ob. cit., p. 327; GROSS, ob. cit., p. 146; SCHOENFELD, ob. cit., p. 577-578; C & J VANTAGE LEASING CO. v. WOLFE, Supreme Court of Iowa, 4 de marzo de 2011. No obstante la característica comentada, HEERMANN, ob. cit., p. 324 estima necesario estipular la cláusula, para el caso de que el Tribunal niegue a la transacción la calificación legal de leasing financiero. Asimismo, cabe mencionar esta característica de la norma ha generado algunas críticas en doctrina. Así, por ejemplo, STRAUSS, ob. cit., p. 865 critica la inclusión de la sección 2A-407 en la forma en que lo hace el UCC, ya que, por una parte, se puede alcanzar el mismo efecto por medio de previsiones contractuales y, por otra parte, la norma podría provocar una desprotección del usuario no experimentado en caso de que, por ejemplo, el concedente no cumpla con servicios vitales prometidos al usuario pero no especificados en el contrato, caso en el que el usuario no podrá reclamar tales servicios, pero deberá seguir pagando las cuotas. En similar sentido, SCHOENFELD, ob. cit., p. 580-581 señala que la norma otorga una doble protección para la empresa de leasing en lo que concierne a su responsabilidad por incumplimiento de garantías implícitas frente al usuario (las secciones 2A-211 a 2A-213 exoneran a la empresa de leasing de las garantías explícitas, a lo que se suma la protección que le otorga la sección 2A-407), aunque reconoce que la norma puede tener importancia para la empresa de leasing cuando ésta haya formulado alguna garantía expresa al usuario, frente a cuyo incumplimiento resulta protegida.

⁷⁵³ BRESLAUER, ob. cit., p. 327.

⁷⁵⁴ Sección 2A-407(3); GROSS, ob. cit., p. 147.

⁷⁵⁵ C & J VANTAGE LEASING CO. v. WOLFE, Supreme Court of Iowa, 4 de marzo de 2011.

⁷⁵⁶ Sección 2A-508(6).

⁷⁵⁷ ALI y NCCUSL, ob. cit. (*Official Comment*), sección 2A-407, N° 1; BACKOVIC, ob. cit., p. 864-865, quien agrega como fundamento el que la empresa de leasing puede a su vez estar endeudada con terceros en la transacción; BRESLAUER, ob. cit., p. 325-326; WHITE et. al., ob. cit. (vol. 2), p. 14, para quienes la justificación de la cláusula radica en que la empresa de leasing actúa como un prestamista que "*lidia más con papeles que con el bien*" y que no se hace responsable por el bien que eligió el usuario; DE LAGE LANDEN FIN. SERVS. v. CRICKET'S TERMITE CONTROL, INC., Court of Appeal of Florida, Fifth District, 1 de diciembre de 2006.

mencionado riesgo,⁷⁵⁸ como contrapartida de lo cual se establece la acción directa del usuario contra el proveedor.⁷⁵⁹ En esa misma óptica, también se ha concebido esta norma como un incentivo para que las empresas de leasing se embarquen en este tipo de transacciones, ya que se les asegura el pago de la suma invertida.⁷⁶⁰

Por último, vale la pena mencionar que el usuario sólo puede desligarse de la obligación de pagar las cuotas de leasing en tres casos:

- A. Cuando la empresa de leasing infrinja la obligación de actuación de buena fe que le imponen las secciones 2A-103(4) y 1-304.⁷⁶¹
- B. Cuando el propio UCC autoriza al usuario a revocar válidamente la aceptación del bien. Ello es posible cuando existe una falta de conformidad que disminuye el valor del bien y el usuario lo haya aceptado, sin descubrir la disconformidad, inducido por las promesas de la empresa de leasing;⁷⁶² y cuando existan otros incumplimientos del concedente pactados en el contrato.⁷⁶³

⁷⁵⁸ Ver *WELLS FARGO FIN. LEASING, INC. v. MT. RENTALS OF GATLINBURG*, Court of Appeals of Tennessee, at Knoxville, 29 de octubre de 2007; *DE LAGE LANDEN FIN. SERVS. v. CRICKET'S TERMITE CONTROL, INC.*, Court of Appeal of Florida, Fifth District, 1 de diciembre de 2006, en las que las respectivas Cortes hacen un símil entre el préstamo ordinario y el leasing financiero, afirmando que en ambos la parte financiada no puede denegar el pago de las cuotas argumentando que el bien no cumple sus expectativas.

⁷⁵⁹ Al igual que en el Derecho español, en el marco del UCC se concibe esta norma como la contrapartida de la acción directa que el usuario tiene contra el proveedor en virtud de la sección 2A-209. En este sentido, ALI y NCCUSL, ob. cit. (*Official Comment*), sección 2A-407, N° 1; BRESLAUER, ob. cit., p. 325 y 329; HEERMANN, ob. cit., p. 324; LAWRENCE y MINAN, ob. cit., p. 547; WHITE et. al., ob. cit. (vol. 2), p. 15; *WELLS FARGO FIN. LEASING, INC. v. MT. RENTALS OF GATLINBURG*, Court of Appeals of Tennessee, at Knoxville, 29 de octubre de 2007; *DE LAGE LANDEN FIN. SERVS. v. CRICKET'S TERMITE CONTROL, INC.*, Court of Appeal of Florida, Fifth District, 1 de diciembre de 2006.

⁷⁶⁰ HEERMANN, ob. cit., p. 324; *WELLS FARGO FIN. LEASING, INC. v. MT. RENTALS OF GATLINBURG*, Court of Appeals of Tennessee, at Knoxville, 29 de octubre de 2007; *HINKEL EXCAVATION & CONSTR., INC. v. CONSTR. EQUIP. INT'L LTD*, United States District Court for the Northern District of Iowa, Western Division, 10 de abril de 2001.

⁷⁶¹ ALI y NCCUSL, ob. cit. (*Official Comment*), sección 2A-407, N° 1 y 5; BRESLAUER, ob. cit., p. 327; HEERMANN, ob. cit., p. 329; LAWRENCE y MINAN, ob. cit., p. 547. Ver *EUREKA BROADBAND CORP. v. WENTWORTH LEASING CORP.*, United States Court of Appeals for the First Circuit, 7 de marzo de 2005, caso en que la Corte rechazó la aplicación de la cláusula en análisis (invocando la excepción que comento), en un caso en que se determinó la existencia de fraude de parte de la empresa de leasing por no haber pagado el precio al proveedor una vez que el bien fue aceptado por el usuario y, por tanto, haber celebrado el contrato bajo la falsa promesa de comprar el bien.

⁷⁶² Esta causal de revocación de la aceptación del bien se encuentra en la sección 2A-517(1)(b). Ver al efecto ALI y NCCUSL, ob. cit. (*Official Comment*), sección 2A-407, N° 1; BRESLAUER, ob. cit., p. 328,

C. Cuando el concedente incumpla las garantías expresas hechas de acuerdo a la sección 2A-210 o la garantía de posesión tranquila de la sección 2A-211(1).⁷⁶⁴

24. 2. 3.- *La acción directa de la sección 2A-209. Aspectos generales.*

La sección 2A-209 UCC consagra la acción directa del usuario contra el proveedor en los siguientes términos:

“(1) Los derechos sobre las promesas de un suministrador al arrendador conforme al contrato de suministro y sobre todas las garantías, expresas o implícitas, incluyendo las de un tercero, prestadas en relación con un contrato de suministro o como parte del mismo, se extienden al arrendatario en la medida de los derechos del arrendatario conforme al contrato de arrendamiento financiero relacionado con el contrato de suministro, pero el arrendatario queda sometido a las condiciones de las garantías y del contrato de suministro, y a todas las acciones y excepciones que deriven del mismo.

(2) La extensión de los derechos sobre las promesas y garantías del suministrador al arrendatario (sección 2A-209(1)) no (i) modifica los derechos y obligaciones de las partes del contrato de suministro, deriven del contrato o no, ni (ii) impone obligación ni responsabilidad alguna al arrendatario con relación al contrato de suministro.

(3)...

(4) Además de la extensión al arrendatario de los derechos sobre las promesas y garantías del suministrador conforme a la subsección (1), el arrendatario retiene todos los derechos que pueda tener contra el suministrador como consecuencia de un acuerdo entre el arrendatario y el administrador, o como consecuencia de la aplicación de otras normas jurídicas”.⁷⁶⁵

La norma transcrita vino a poner orden a la diversidad de pareceres doctrinales y jurisprudenciales existentes antes de su dictación, cuando la operación de leasing financiero estaba sometida al *common law*. En dicha etapa algunas cortes estadounidenses calificaban la operación como una relación de compraventa entre usuario y proveedor,

quien señala que se trata de un caso en que la empresa de leasing tiene algún grado de responsabilidad por la aceptación de bienes inadecuados; LAWRENCE y MINAN, ob. cit., p. 548.

⁷⁶³ Sección 2A-517(3). Ver al efecto ALI y NCCUSL, ob. cit. (*Official Comment*), sección 2A-407, N° 1; BRESLAUER, ob. cit., p. 328.

⁷⁶⁴ ALI y NCCUSL, ob. cit. (*Official Comment*), sección 2A-407, N° 5; BRESLAUER, ob. cit., p. 328-329; LAWRENCE y MINAN, ob. cit., p. 547; SCHOENFELD, ob. cit., p. 578, Nota N° 78.

⁷⁶⁵ Las traducción ha sido extraída de GARRIDO, ob. cit., p. 153.

aplicando las normas relativas a las operaciones con garantía real (*secured transaction*).⁷⁶⁶ Otras cortes, con independencia de esta calificación, hacían aplicables a la relación usuario-proveedor las normas de la compraventa.⁷⁶⁷ En otros casos simplemente se privó de todo remedio al usuario.⁷⁶⁸

Con la norma en análisis se consagró una legitimación de carácter legal,⁷⁶⁹ que opera de forma automática en los contratos de leasing financiero,⁷⁷⁰ y es imperativa,⁷⁷¹ por lo que las partes del contrato de suministro no pueden elegir cuáles obligaciones del proveedor se extienden al usuario, ya que todas promesas y garantías pactadas en dicho

⁷⁶⁶ CITICORP LEASING INC. v. ALLIED INSTITUTIONAL DISTRIBUTORS INC., United States District Court for the Western District of Oklahoma, 15 de diciembre de 1977; ATLAS INDUSTRIES INC. v. NATIONAL CASH REGISTER CO., Supreme Court of Kansas, 25 de enero de 1975.

⁷⁶⁷ EARMAN OIL CO. v. BURROUGHS CORP., United States Court of Appeals for the Fifth Circuit, 19 de septiembre de 1980.

⁷⁶⁸ WIGHT v. AGRISTOR LEASING, United States District Court for the District of Kansas, 6 de enero de 1987, caso en el que se calificó el contrato como *true lease* y se negó haber lugar a la acción contra la empresa de leasing (por estar contractualmente exonerada de toda responsabilidad), contra el sucesor del proveedor (entre otros motivos por no considerar al nuevo proveedor como sucesor legal del anterior, y por existir una limitación temporal de responsabilidad con el proveedor original) y contra el fabricante (por falta de relación contractual), a pesar de que los tres últimos eran partes relacionadas. Ver comentario a esta sentencia en SCHOENFELD, ob. cit., p. 598-602.

⁷⁶⁹ ALI y NCCUSL, ob. cit. (*Official Comment*), sección 2A-209, N° 5, que habla de extensión legal (*statutory*) de los beneficios del contrato de suministro al usuario; BRESLAUER, ob. cit., p. 338; GROSS, ob. cit. p. 143.

⁷⁷⁰ ALI y NCCUSL, ob. cit. (*Official Comment*), sección 2A-209, N° 1, donde se explicita el carácter *self-executing* de la extensión de beneficios. En el mismo sentido ha sido aplicada la norma por parte de los Tribunales. Ver al efecto VACATION VILLAGE v. HITACHI AM., Supreme Court of Nevada, 19 de mayo de 1994. Sin perjuicio de lo anterior, en ocasiones se contiene en los contratos de leasing financiero una cláusula por medio de la que la empresa de leasing transfiere expresamente sus derechos al usuario. En este sentido, ver la cláusula transcrita en LYON FIN. SERVS. V. PROTECH PLUMBING & HEATING, INC., Court of Appeals of Minnesota, 2 de marzo de 2004. Si el contrato en cuestión no cumple los requisitos establecidos en la sección 2A-103(1)(g) para ser calificado como *finance lease*, no generará el efecto de la sección 2A-209, por lo que WHITE et. al., ob. cit. (vol. 2), p. 16 estiman que si el usuario quiere conseguirlo, debería contratar directamente con el proveedor.

⁷⁷¹ ALI y NCCUSL, ob. cit. (*Official Comment*), sección 2A-209, N° 1, donde se señala que la operatividad de esta norma no puede ser excluida, modificada o limitada, sin perjuicio de que las exclusiones, modificaciones o limitaciones pactadas en el contrato de compraventa puedan ser oponibles al usuario, como se verá a propósito de los límites de la norma. Ver también BRESLAUER, ob. cit., p. 332.

contrato podrán ser invocadas por éste.⁷⁷² En todo caso, vale la pena recalcar que dicha acción directa no convierte al usuario en parte del contrato de suministro⁷⁷³ ni hace al usuario acreedor directo del proveedor.⁷⁷⁴

Como justificación a esta legitimación del usuario contra el proveedor se ha invocado la falta de relación contractual entre ambos⁷⁷⁵ y la limitada función que en el leasing financiero cumple la empresa de leasing, lo que hace que el usuario mire al proveedor (y no a la empresa de leasing) en busca de garantías respecto del bien.⁷⁷⁶

⁷⁷² BRESLAUER, ob. cit., p. 338. Ver ALI y NCCUSL, ob. cit. (*Official Comment*), sección 2A-209, N° 1, donde se aclara que si bien las partes del contrato de suministro pueden excluir garantías y remedios (exclusión que el proveedor podrá oponer al usuario), queda prohibida la discriminación selectiva en perjuicio del usuario, lo que ocurriría cuando el proveedor otorgue una determinada garantía a la empresa de leasing, pero no al usuario. En otras palabras, una promesa o garantía del proveedor, o bien se incluye o bien se excluye del contrato de suministro (inclusión o exclusión que será oponible al usuario por efecto de la norma en análisis), pero no se puede incluir para la empresa de leasing y excluir para el usuario, ya que ello constituiría una discriminación selectiva que de acuerdo al comentario oficial no es lícita.

⁷⁷³ Sección 2A-209(2). Ver también ALI y NCCUSL, ob. cit. (*Official Comment*), sección 2A-209, N° 5, donde se aclara que la norma no implica una modificación del contrato de suministro; MARTÍNEZ MARTÍNEZ, ob. cit., p. 60.

⁷⁷⁴ Ello se demuestra en ciertas secciones que dan a entender que, respecto del usuario, el incumplimiento del proveedor se traduce en un incumplimiento del contrato de leasing (y no del contrato de suministro). Ver al efecto la sección 2A-405(a), que trata el retraso en la entrega o la falta de entrega por parte del proveedor como un eventual incumplimiento *del contrato de leasing* (y no del contrato de suministro); sección 2A-509(1), que habilita al usuario a rechazar el bien si no es conforme *con el contrato de leasing* (y no con el contrato de suministro); sección 2A-508(1), que trata los casos de insatisfacción del usuario como incumplimientos *del contrato de leasing* (y no del contrato de suministro).

⁷⁷⁵ ALI y NCCUSL, ob. cit. (*Official Comment*), sección 2A-407, N° 5; BRESLAUER, ob. cit., p. 325, Nota N° 33 y 332; HEERMANN, ob. cit., p. 322 y 323; LAWRENCE y MINAN, ob. cit., p. 544; LEVY, ob. cit., p. 286-287; SCHOENFELD, ob. cit., p. 576; VACATION VILLAGE v. HITACHI AM., Supreme Court of Nevada, 19 de mayo de 1994, donde se reconoció la responsabilidad del proveedor frente al usuario por las garantías implícitas derivadas del contrato de compraventa, *a pesar de la falta de relación jurídica entre usuario y proveedor*. Resulta interesante mencionar también que la falta de relación jurídica entre usuario y proveedor provocó situaciones de indefensión de usuarios en la etapa previa a la promulgación del art. 2A en aquellos casos en que el contrato de leasing contenía una cláusula de exoneración pero no la cláusula de “*third party beneficiary*” (que en términos generales coincidía con el texto de la sección 2A-209(1)). Ver al efecto SCHOENFELD, ob. cit., p. 570-572, quien agrega que los usuarios tenían la posibilidad de reclamar vía responsabilidad extracontractual (*tort*) contra el fabricante. En todo caso, el autor cita casos en que los Tribunales llegaron a conclusiones muy parecidas a las propuestas en este trabajo para dotar al usuario de remedios directamente contra el proveedor.

⁷⁷⁶ ALI y NCCUSL, ob. cit. (*Official Comment*), sección 2A-209, N° 1; LEVY, ob. cit., p. 280; STONE y ADAMS, ob. cit., p. 182, 187-188. Se debe recordar que como requerimiento del leasing financiero bajo la sección 2A-103(1)(g)(i), la empresa de leasing no selecciona, fabrica ni suministra el bien.

En cuanto a las fuentes de regulación subsidiaria de la sección 2A-209, se ha entendido que esta norma incorpora la doctrina del “tercero beneficiario del contrato”, cuya fuente se encuentra en el *Restatement Second of Contracts*.⁷⁷⁷

24. 2. 4.- Acciones del usuario y excepciones del proveedor.

Aun cuando se ha criticado que la sección 2A-209 no señale expresamente cuáles son los derechos y remedios de la empresa de leasing a que el usuario tiene acceso,⁷⁷⁸ puede advertirse que la subsección 2A-209(1) dice que lo que el usuario puede reclamar al proveedor son, por una parte, las promesas hechas por éste a la empresa de leasing en el contrato de suministro y, por otra, cualquier garantía (expresa o implícita⁷⁷⁹) ofrecida por el proveedor a la empresa de leasing en dicho contrato, disponiendo expresamente que “*el arrendatario queda sometido a las condiciones de las garantías y del contrato de suministro, y a todas las acciones y excepciones que deriven del mismo*”. En consecuencia, el usuario debe dirigirse contra el proveedor en los mismos términos que podría hacerlo la empresa de leasing, rigiéndose sus derechos y remedios por lo pactado en el contrato y por lo dispuesto en el art. 2 UCC, que regula la compraventa.⁷⁸⁰ Ello nos remite a las secciones 2-

⁷⁷⁷ Ver ALI y NCCUSL, ob. cit. (*Official Comment*), sección 2A-209, que cita como fuentes de la sección 2A-209 las secciones 302 a 315 del *Restatement Second of Contracts* (doctrina del tercero beneficiario del contrato) y las prácticas en torno al leasing, pero también algunas normas del art. 9 (*secured transactions*) donde se aplica la doctrina de la cesión del contrato (no la del tercero beneficiario). Al respecto, BRESLAUER, ob. cit., p. 332-339 argumenta que, si bien el comentario oficial cita como fuentes normas del art. 9, la sección 2A-209 habría seguido más de cerca la doctrina del tercero beneficiario consagradas en el *Restatement of Contracts*. En este mismo sentido, ver también UNIDROIT, ob. cit. (*Draft convention...*), p. 62, donde se señala que la técnica utilizada por el UCC consiste en tratar el contrato de compraventa como creador de derechos en beneficio de un tercero, como es el usuario.

⁷⁷⁸ BRESLAUER, ob. cit., p. 338; HEERMANN, ob. cit., p. 328.

⁷⁷⁹ Ver MARTÍNEZ MARTÍNEZ, ob. cit., p. 61, quien estima que las garantías implícitas son asimilables a grandes rasgos a la responsabilidad por saneamiento.

⁷⁸⁰ Ver LAWRENCE CRAWFORD ASS'N FOR EXCEPTIONAL CITIZENS v. CONVERSOURCE, INC., Appellate Court of Illinois, Fifth District, 15 de agosto de 2012, caso en que se analizó y se sancionó el incumplimiento del proveedor frente al usuario en función del artículo 2 UCC; FIELDTECH AVIONICS & INSTRUMENTS, INC. v. COMPONENT CONTROL COM., INC., Court of Appeals of Texas, Second District, Fort Worth, 7 de agosto de 2008, donde el Tribunal explicita que “*los remedios del usuario de leasing financiero por bienes defectuosos o no conformes o por incumplimiento de garantías deben hacerse valer contra el proveedor del bien, no contra la empresa de leasing, y están sujetos al artículo 2 del UCC*”, agregando más adelante que “*los derechos de Fieldtech contra Component Control están gobernados por el artículo 2 UCC*” (traducción propia); LYON FIN. SERVS. V.

711 a 2-716, que consagran los remedios del comprador por incumplimiento del vendedor; y las secciones 2-312 a 2-315 UCC, en virtud de las cuales el comprador (el usuario, en base a la sección 2A-209) puede hacer efectivas contra el vendedor (proveedor) las garantías explícitas que haya podido conceder,⁷⁸¹ y las garantías implícitas de propiedad del bien y ausencia de derechos de terceros; comerciabilidad del bien; y de aptitud del bien para algún uso requerido por el usuario.^{782 783}

Sin embargo, esta legitimación del usuario contra el proveedor está sujeta a las siguientes limitaciones:

- A. El usuario “*queda sometido a las condiciones de las garantías y del contrato de suministro, y a todas las acciones y excepciones que deriven del mismo*”. Ello implica que si en el contrato de suministro se pacta alguna exoneración o limitación a los remedios o

PROTECH PLUMBING & HEATING, INC., Court of Appeals of Minnesota, 2 de marzo de 2004, donde la Corte afirma que las garantías que el usuario puede hacer valer contra el proveedor son las emanadas del contrato de compraventa; VACATION VILLAGE v. HITACHI AM., Supreme Court of Nevada, 19 de mayo de 1994.

⁷⁸¹ HEERMANN, ob. cit., p. 327 estima que los usuarios con experiencia en el mercado no deberían esperar la existencia de garantías explícitas por parte del proveedor, debido a la posibilidad de que estos las excluyan del contrato de compraventa.

⁷⁸² En relación con la extensión de tales garantías al usuario en base a la sección 2A-209, ver HEERMANN, ob. cit., p. 322. Ver también FIELDTECH AVIONICS & INSTRUMENTS, INC. v. COMPONENT CONTROL COM., INC., Court of Appeals of Texas, Second District, Fort Worth, 7 de agosto de 2008, caso en el que el Tribunal estimó inaplicable la exoneración de garantías hecha por el proveedor en el contrato de suministro, pudiendo el usuario, en consecuencia, hacer efectivas las garantías explícitas e implícitas de que era responsable el proveedor en virtud de dicho contrato; VACATION VILLAGE v. HITACHI AM., Supreme Court of Nevada, 19 de mayo de 1994, en que se hizo responsable al proveedor frente al usuario de la garantía de comerciabilidad del bien, de que era responsable en virtud del contrato de compraventa.

⁷⁸³ Podría plantearse un conflicto entre la garantía de que el proveedor es responsable según la sección. 2-312 (y que en principio es extensible al usuario en virtud de la sección 2A-209), por medio de la que el vendedor garantiza que es dueño del bien, que su propiedad es legítima y que el bien se entrega libre de derechos de terceros y, por otro lado, la garantía implícita de posesión tranquila del bien (sección 2A-211(1)) de la que la empresa de leasing es responsable frente al usuario, al constituir una de las excepciones a la regla general de exoneración de dicha empresa, según se vio *supra* N° 24.2.1. El conflicto consistiría en determinar contra quién debe dirigirse el usuario en caso de existir derechos de terceros sobre el bien. Sin embargo, creo que no existe tal conflicto, ya que ambas garantías tienen un contenido distinto (la garantía de la sección 2A-211(1) sólo se aplica cuando el derecho del tercero emana de un acto u omisión de la empresa de leasing), por lo que será necesario examinar cuál es el derecho específico invocado por el tercero y a cuál de los dos posibles sujetos pasivos es imputable, para saber si el usuario debe dirigirse contra el proveedor o contra la empresa de leasing. En todo caso, cabe mencionar que ambas garantías pueden ser excluidas (sección 2-312(2) y sección 2A-214), por lo que puede que en definitiva el usuario no tenga ninguna de ellas.

garantías de que es titular la empresa de leasing como compradora, tal exoneración o limitación se extiende también al usuario.⁷⁸⁴ En otras palabras, el proveedor podrá oponer al usuario las mismas excepciones (*defenses*) que podría oponer a la empresa de leasing. Esta limitación puede dejar al usuario en una situación complicada en ciertos casos, ya que amparándose en ella el proveedor podría reducir o incluso denegar una promesa o garantía al usuario cuando aquel haya sufrido alguna pérdida imputable a la empresa de leasing.⁷⁸⁵

- B. Los beneficios del contrato de compraventa se extienden al usuario “*en medida de los derechos del arrendatario conforme al contrato de arrendamiento financiero,*” por lo que el usuario podrá exigir al proveedor los derechos emanados de la compraventa en la medida de que sean necesarios para sacar el provecho que espera obtener del contrato de leasing.
- C. La forma en que el usuario puede hacer efectivas las promesas y garantías frente al proveedor es por vía de acción,⁷⁸⁶ por lo que la actuación del usuario frente al

⁷⁸⁴ Ver ALI y NCCUSL, ob. cit. (*Official Comment*), sección 2A-209, N° 1, donde se agrega que sólo queda prohibida la discriminación específicamente dirigida al usuario, como sería la exclusión de responsabilidad del proveedor frente al usuario respecto de garantías que sí fueron prometidas a la empresa de leasing; BRESLAUER, ob. cit., p. 343; GROSS, ob. cit., p. 143; SCHOENFELD, ob. cit., p. 576-577; STRAUSS, ob. cit., p. 859, que recomienda incluir tales exclusiones de garantías en los contratos de compraventa que celebren los proveedores con empresas de leasing que sean sus filiales. Los Tribunales ha tenido ocasión de aplicar esta limitación. Ver al efecto FIELDTECH AVIONICS & INSTRUMENTS, INC. v. COMPONENT CONTROL COM., INC., Court of Appeals of Texas, Second District, Fort Worth, 7 de agosto de 2008, caso en el que el Tribunal aplicó el principio comentado, pero estimó que en el caso la exoneración de garantías hecha por el proveedor en el contrato de suministro no había cumplido los requisitos establecidos en el art. 2 UCC, por lo que el usuario quedaba habilitado para hacer efectivas las garantías explícitas e implícitas de que era responsable el proveedor en virtud del contrato; UNITED STATES ACHIEVEMENT ACAD., LLC v. PITNEY BOWES, INC., United States District Court for the Eastern District of Kentucky, 18 de octubre de 2006, donde la Corte concluyó que los únicos remedios que el usuario podía invocar contra el proveedor eran la reparación y la sustitución por un lapso de 90 días siguientes a la entrega, ya que esos eran los únicos remedios contemplados en el contrato de compraventa (el proveedor se exoneró de todos los demás) y, por tanto, eran los únicos remedios a que el usuario tenía acceso en base a la sección 2A-209; SPECTRUM PRESS v. GARRET, Circuit Court of the City of Richmond, Virginia, 26 de septiembre de 1996; VACATION VILLAGE v. HITACHI AM., Supreme Court of Nevada, 19 de mayo de 1994.

⁷⁸⁵ BRESLAUER, ob. cit., p. 334 pone como ejemplo el caso en que el usuario requiera la reparación del bien, y la empresa de leasing no haya pagado la totalidad del precio al proveedor, supuesto en que éste podría oponer al usuario la pérdida causada por dicha empresa y recuperarla reduciendo el monto por el que responderá, o incluso denegando la reparación.

⁷⁸⁶ ALI y NCCUSL, ob. cit. (*Official Comment*), sección 2A-209, N° 2, y sección 1-305.

proveedor es más limitada que la que puede desplegar la empresa de leasing, que puede actuar por medio de acción o defensa.⁷⁸⁷

Por último, cabe mencionar que la legitimación del usuario contra el proveedor en base a la sección 2A-209 no elimina las pretensiones que la empresa de leasing pueda intentar contra el proveedor;⁷⁸⁸ ni los derechos y remedios que el usuario pueda tener contra el proveedor en virtud de los contratos que ambos hayan celebrado o en virtud de otras normas de Derecho;⁷⁸⁹ ni los derechos y remedios que el usuario tenga contra la empresa de leasing en virtud del contrato de leasing.⁷⁹⁰ Se trata tan solo de incorporar al usuario como tercero beneficiario de las obligaciones del proveedor.⁷⁹¹

24. 3.- Convención Unidroit sobre arrendamiento financiero internacional.

24. 3. 1.- La exoneración de la empresa de leasing.

El art. 8 consagra la exoneración de la empresa de leasing en los siguientes términos:

1. (a) *“Salvo que se disponga otra cosa en la presente Convención o en las estipulaciones del contrato de arrendamiento financiero, el arrendador no incurrirá en ninguna responsabilidad ante el arrendatario respecto al equipo, excepto en la medida en que el*

⁷⁸⁷ BRESLAUER, ob. cit., p. 338-339.

⁷⁸⁸ Sección 2A-209(2)(i). Ver BRESLAUER, ob. cit., p. 331 y 336; SCHOENFELD, ob. cit., p. 576. Como consecuencia de lo anterior, el proveedor tendrá dos acreedores: La empresa de leasing, en virtud del contrato de compraventa y del art. 2; y el usuario, en virtud de la sección 2A-209.

⁷⁸⁹ Sección 2A-209(4). Ver, sin embargo, SPECTRUM PRESS v. GARRET, Circuit Court of the City of Richmond, Virginia, 26 de septiembre de 1996, caso en que la Corte estimó que la norma en análisis extiende al usuario sólo las garantías hechas por el proveedor a la empresa de leasing en el contrato de suministro, pero no crea nuevas garantías a partir de las afirmaciones y representaciones hechas por el proveedor directamente al usuario, razón por la que si el usuario sólo invoca estas últimas promesas (y no las garantías hechas por el proveedor en el contrato de compraventa), la acción debe ser desechada. En sentido inverso al señalado en la sección 2A-209(4), ver UNITED STATES ACHIEVEMENT ACAD., LLC v. PITNEY BOWES, INC., United States District Court for the Eastern District of Kentucky, 18 de octubre de 2006, donde la Corte reconoció la responsabilidad *del usuario a favor del proveedor* por la terminación unilateral anticipada efectuada por el primero de un acuerdo de mantención del bien que habían suscrito usuario y proveedor.

⁷⁹⁰ Se debe recordar que la empresa de leasing es responsable frente al usuario por las garantías explícitas que haya hecho a su favor en el contrato de leasing (sección 2A-210) y la garantía de posesión pacífica del bien (sección 2A-211(1)), a menos que esta última haya sido excluida (sección 2A-214).

⁷⁹¹ BRESLAUER, ob. cit., p. 332-339.

arrendatario haya sufrido pérdidas por haber confiado en la habilidad y juicio del arrendador y por la intervención del arrendador en la elección del proveedor o en las especificaciones del equipo.”

(b) *El arrendador no será, en su calidad de arrendador, responsable ante terceras personas por la muerte, lesiones personales o daños patrimoniales causados por el equipo.*

(c) *Las disposiciones del presente párrafo no regirán la responsabilidad que le queda al arrendador por cualquier otra calidad, por ejemplo como arrendatario.*

2. *El arrendador garantiza al arrendatario que su posesión tranquila no será perturbada por una persona que tenga un título o derecho preferencial, o que demande judicialmente un título o derecho preferencial, siempre que tal título, derecho o demanda no deriven de un acto u omisión del arrendatario.*

3. *Las partes no podrán derogar las disposiciones del párrafo precedente ni modificar sus efectos si el título, derecho o demanda preferencial se derivan de un acto u omisión intencional del arrendador o de su falta grave.*

4. *Las disposiciones de los párrafos 2 y 3 no afectarán cualquier garantía más amplia sobre la posesión tranquila que esté obligado a dar el arrendador por la ley aplicable en virtud de las normas de derecho internacional privado.”⁷⁹²*

El art. 8.1(a), establece la exoneración de la empresa de leasing respecto del bien, en especial la responsabilidad de garantizar su “calidad comerciable” y su adecuación al uso estipulado.⁷⁹³ Por su parte, los párrafos (b) y (c) exoneran a la empresa de leasing de la responsabilidad extracontractual en que pudiera incurrir frente al usuario en su calidad de arrendadora (por ejemplo, en caso de que el bien sea defectuoso o inseguro y cause la muerte o daños al usuario o a su propiedad) y frente a terceros.⁷⁹⁴ Puede observarse que la

⁷⁹² La traducción al castellano ha sido extraída de la versión no oficial de la Convención disponible en <http://www.unidroit.org/leasing-convention-other/leasing-convention-spa> Consulta: 21 de enero de 2017.

⁷⁹³ Ver UNIDROIT, ob. cit. (*Draft convention...*), p. 58-59, donde se dejó constancia que esta exoneración era necesaria debido a que en la mayoría de los ordenamientos la empresa de leasing era tratada como la proveedora del equipo frente al usuario, aun cuando en los hechos no entrega el bien. Ver también PETIT SEGURA, ob. cit., p. 87, para quien la exoneración se refiere a los vicios ocultos del bien.

⁷⁹⁴ UNIDROIT, ob. cit. (*Draft convention...*), p. 58-60, donde se señala que esta exoneración de responsabilidad se fundamentó en la falta de intervención de la empresa de leasing en la selección del bien y del proveedor, y en su falta de *expertise* respecto de los aspectos técnicos del bien. Ver también BRAZIL, ob. cit., p. 46.

exoneración en la Convención es más amplia que en el UCC, ya que si bien, al igual que éste, exonera a la empresa de leasing de la falta de conformidad del bien,⁷⁹⁵ en la Convención la exoneración se extiende de forma expresa y reglamentada a la responsabilidad extracontractual, tanto frente al usuario como frente a terceros.

La exoneración de la empresa de leasing se fundamentó en el carácter financiero de su actuación⁷⁹⁶ y en su falta de intervención en la elección del bien y del proveedor, por lo que de acuerdo a los redactores de la Convención, la exoneración debe ser proporcional a dicha falta de intervención.⁷⁹⁷

La comentada exoneración tiene, sin embargo, limitaciones, por lo que no regirá respecto de:

- A. La responsabilidad impuesta a la empresa de leasing en la propia Convención,⁷⁹⁸ especialmente en el art. 8.1, 8.2 y 12.

El art. 8.1 establece la responsabilidad de la empresa de leasing frente al usuario cuando éste haya sufrido pérdidas por haber confiado en la habilidad y juicio de aquella y por su intervención en la elección del proveedor o en las especificaciones del equipo.

⁷⁹⁵ Puede verse cierta similitud entre el art. 8.1(a) CUAFL, en la extensión que se le da en UNIDROIT, ob. cit. (*Draft convention...*), p. 58-60, con las secciones 2A-212 (exoneración respecto de la calidad comerciable del bien) y 2A-213 (exoneración respecto de la adecuación del bien al uso estipulado).

⁷⁹⁶ *Ibidem*, p. 54-55 y 62, donde a propósito del actual art. 10 (art. 9 del proyecto) se señala que dicha norma “reconoce que en la mayoría de los casos es el proveedor, más que el arrendador, la parte apropiada a quien el usuario debería recurrir en busca de reparación cuando el equipo resulta defectuoso o no conforme con el contrato de suministro”. Debe recordarse que este es el mismo fundamento dado por la doctrina española para la cláusula de exoneración (ver *supra* N° 22.1.1) y para la exoneración en el UCC (ver *supra* N° 24.2.1).

⁷⁹⁷ Los autores de la Convención establecieron un efecto combinado entre los arts. 1.2(a) y 8.1(a) (art. 7.1(a) del proyecto), en virtud del cual la exoneración de responsabilidad de la empresa de leasing debe ser reducida en la medida en que aquella interviene en la selección del proveedor o en la especificación del equipo, debiendo determinarse, en su caso, la responsabilidad de la empresa de leasing en base a la ley nacional aplicable. Esta interacción es la que justificó la inclusión de la expresión “primordialmente” (*primarily*) en el art. 1.2(a). Ver al efecto UNIDROIT, ob. cit. (*Draft convention...*), p. 25, 34, 38, 39, 54, 55, 59-60; BRAZIL, ob. cit., p. 46; LEVY, ob. cit., p. 273; WANG, ob. cit., p. 133.

⁷⁹⁸ Ello se desprende de la frase “salvo que se disponga otra cosa en la presente Convención” contenida en el art. 8.1(a). Ver UNIDROIT, ob. cit. (*Draft convention...*), p. 55; BRAZIL, ob. cit., p. 46.

El art. 8.2 atribuye a la empresa de leasing la garantía de posesión tranquila del bien, norma a la que el art. 8.3 otorga la calidad de imperativa.⁷⁹⁹ Esta norma otorga al usuario una garantía más amplia que la sección 2A-211(1), que la restringe a reclamaciones que emanen de actos propios u omisiones de la empresa de leasing.⁸⁰⁰

Por último, el art. 12.1 consagra la responsabilidad de la empresa de leasing frente al usuario para los casos de falta de entrega, entrega tardía y falta de conformidad.⁸⁰¹

- B. La responsabilidad impuesta a la empresa de leasing expresa o implícitamente en el contrato de leasing;⁸⁰²
- C. La responsabilidad que quepa a la empresa de leasing por el incumplimiento de una obligación legal.⁸⁰³

24. 3. 2.- La acción directa del art. 10.

El art. 10 consagra la acción directa del usuario contra el proveedor en los siguientes términos:

“1. Las obligaciones del proveedor derivadas del contrato de suministro podrán ser igualmente invocadas por el arrendatario, como si él mismo hubiera sido una parte de ese contrato y como si el equipo debiera serle suministrado directamente. Sin embargo, el proveedor no será responsable ante el arrendador y el arrendatario con respecto a un mismo daño.

⁷⁹⁹ BRAZIL, ob. cit., p. 47; CUMING, p. 58-60; ILLESCAS Y PERALES p. 315; PETIT SEGURA, p. 87; SÁNCHEZ CALERO, ob. cit., p. 27; UNIDROIT, ob. cit. (*Draft convention...*), p. 56-59. Por su parte, LEVY, ob. cit., p. 277 estima que esta garantía podría tener sentido en operaciones de leasing de consumo domésticas, pero que no lo tiene en el leasing financiero industrial internacional (que es el tipo de transacciones que regula la Convención), por lo que la empresa de leasing seguramente buscará excluirla contractualmente echando mano a los art. 5.1 (exclusión de la Convención) y 8.3 (dentro de los límites que esta norma permite).

⁸⁰⁰ LAWRENCE y MINAN, ob. cit., p. 542-543; LEVY, ob. cit., p. 276, Nota N° 49; STRAUSS, ob. cit., p. 865.

⁸⁰¹ Esta norma será analizada *infra* N° 24.3.3.

⁸⁰² Ello se desprende de la frase “*salvo que se disponga otra cosa en (...) las estipulaciones del contrato de arrendamiento financiero*”. Ver UNIDROIT, ob. cit. (*Draft convention...*), p. 55.

⁸⁰³ *Ibidem*, p. 55.

2. Nada de lo dispuesto en este artículo otorga al arrendatario el derecho de rescindir o anular el contrato de suministro sin el consentimiento del arrendador.”⁸⁰⁴

Como contrapartida a la exoneración de la empresa de leasing,⁸⁰⁵ el art. 10.1 extiende al usuario los beneficios de las obligaciones que para el proveedor emanan del contrato de suministro, en un sentido muy similar al que lo hace la sección 2A-209 UCC,⁸⁰⁶ tratándolo como una parte adicional de dicho contrato,⁸⁰⁷ aunque con las limitaciones derivadas del ejercicio de las acciones resolutoria y de nulidad (art. 10.2), y las derivadas de la norma de *non bis in idem* que contempla la segunda parte del art. 10.1, que resulta explicable en el ámbito de la Convención.⁸⁰⁸

Considerando que en el marco de la Convención se entiende que no existe una relación contractual entre usuario y proveedor, debemos concluir que la legitimación del primero para dirigirse contra el segundo es exclusivamente *ex lege* (no se adquiere por cesión o subrogación de la empresa de leasing⁸⁰⁹), de manera que el usuario sólo podrá ejercitar autónomamente las acciones que se desprenden del texto del art. 10.⁸¹⁰

⁸⁰⁴ La traducción al castellano ha sido extraída de la versión no oficial de la Convención disponible en <http://www.unidroit.org/leasing-convention-other/leasing-convention-spa> Consulta: 21 de enero de 2017.

⁸⁰⁵ UNIDROIT, ob. cit. (*Draft convention...*), p. 62, donde se expresa que esta norma es la contrapartida del art. 8.1 (art. 7.1 del proyecto), cuyo fundamento radica en las negociaciones previas entre usuario y proveedor respecto de las características del equipo, que hacen al proveedor ser la persona más idónea para satisfacer las necesidades del usuario. En el mismo sentido, BACKOVIC, ob. cit., p. 864; BRAZIL, ob. cit., p. 48.

⁸⁰⁶ UNIDROIT, ob. cit. (*Draft convention...*), p. 64, donde se señala que la norma “tiene mucho en común” con la sección 2A-209 UCC. En el mismo sentido, LEVY, ob. cit., p. 286-287.

⁸⁰⁷ Ver CUMING, ob. cit., p. 50-52, quien deja constancia de la fuerte discusión que se generó entre los redactores de la Convención acerca del rol de la empresa de leasing (mero financiador sin responsabilidad respecto del bien, o propietario del bien con responsabilidad respecto del mismo frente al usuario), lo que se reflejó en la solución adoptada, que recoge elementos de las dos concepciones.

⁸⁰⁸ La segunda parte del art. 10.1 (según la que el proveedor no será responsable ante el arrendador y el arrendatario con respecto a un mismo daño) resulta explicable desde que la primera parte de la misma norma permite tanto al usuario como a la empresa de leasing reclamar el cumplimiento de las obligaciones del proveedor.

⁸⁰⁹ CUMING, ob. cit., p. 54. No obstante, algunos autores hablan igualmente de subrogación. Ver en este sentido DOMÍNGUEZ PÉREZ, ob. cit., p. 1.535; SÁNCHEZ CALERO, ob. cit., p. 23-24.

⁸¹⁰ Ver UNIDROIT, ob. cit. (*Draft convention...*), p. 38-39 y 62, donde se expresa que las negociaciones entre usuario y proveedor que desembocan en la selección del bien y demás aspectos

Así, se ha entendido que dentro del contenido de la acción directa del usuario quedan comprendidos los derechos derivados de la entrega del bien,⁸¹¹ la garantía respecto del mismo,⁸¹² la exigencia de conformidad de la cosa vendida y reclamación por vicios o defectos,⁸¹³ así como otros derechos instrumentales a la entrega, como la puesta en funcionamiento del equipo, ensayos, pruebas, formación de los utilizadores, etc.⁸¹⁴ Por mi parte entiendo que, a partir de la ya vista extensión dada a la exoneración de la empresa de leasing, y de la proporcionalidad que debe existir entre dicha exoneración y la acción

del contrato de compraventa constituyen un vínculo que no se refleja en ningún nexo contractual, lo que justifica la norma del art. 10.1 (que en el proyecto correspondía al art. 9.1), ya que sin tal previsión sería difícil para el usuario obtener una adecuada reparación de las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones del proveedor. De ello puede desprenderse que, al no basarse el art. 10.1 en la existencia de una relación jurídica entre usuario y proveedor, y concibiendo la operación como compuesta por dos contratos independientes aunque vinculados, el usuario no está legitimado para dirigirse contra el proveedor, a menos que funde su legitimación en dicha norma, que termina siendo el único medio que tiene para accionar contra él.

⁸¹¹ UNIDROIT, ob. cit. (*Draft convention...*), p. 38-39, donde se hace extensiva la acción directa a los derechos derivados de la entrega, la entrega tardía y entrega disconforme. En el mismo sentido, PETIT SEGURA, ob. cit., p. 87 y REAL PÉREZ, ob. cit. (*El incumplimiento...*), p. 400. Así también lo han entendido en Italia los seguidores de la tesis del mandato sin representación (según quienes el usuario está legitimado para ejercer la acción de cumplimiento autónomamente, también en el caso de falta de entrega), solución que dichos autores estiman conforme con el art. 10 CUAFI. Ver al efecto DI FORTUNATO, ob. cit., p. 27; SCCI de 16 de noviembre de 2007 (23794); SCCI de 27 de julio de 2006 (17145); SCCI de 12 de marzo de 2004 (5125); SCCI de 2 de noviembre de 1998 (10926). BICCIARDI, ob. cit., p. 738, por su parte, estima que lo anterior no obedece más que a una ficción jurídica.

En contra, FLORES DOÑA, ob. cit., p. 196, para quien la Convención no regula la acción directa del usuario para exigir la entrega del bien al proveedor. Según la autora, el reconocimiento de esta acción “*será problemática, al menos en los casos que no pueda probarse que el vendedor conocía la cesión del bien adquirido por la sociedad de leasing a la empresa usuaria; extremo improbable en los casos en que se aplique el Tratado, por impedirlo el tenor del artículo 1*”. No puedo sino discordar con la autora desde dos puntos de vista. En primer lugar, porque entiendo que la acción directa del usuario contra el proveedor para exigir la entrega del bien sí está amparada por el art. 10.1, según se expone arriba. Y en segundo lugar porque, aunque no lo estuviera (y dicha acción estuviese supeditada al conocimiento por parte del proveedor de la celebración del contrato de leasing, como entiende la autora), el art. 1.2(b) es claro en señalar que el modelo de leasing que maneja la Convención *supone* que el proveedor *sabe* que el contrato de leasing ha sido celebrado o está por celebrarse. Ver al efecto UNIDROIT, ob. cit. (*Draft convention...*), p. 40, con referencia explícita al referido conocimiento en relación con el art. 10.1 (art. 9.1 del proyecto).

⁸¹² ILLESCAS ORTIZ y PERALES VISCASILLAS, ob. cit., p. 320.

⁸¹³ DOMÍNGUEZ PÉREZ, ob. cit., p. 1.534-1.535; ILLESCAS ORTIZ y PERALES VISCASILLAS, ob. cit., p. 315 y 320; PETIT SEGURA, ob. cit., p. 87; REAL PÉREZ, ob. cit. (*El incumplimiento...*), p. 400; UNIDROIT, ob. cit. (*Draft convention...*), p. 38-39.

⁸¹⁴ ILLESCAS ORTIZ y PERALES VISCASILLAS, ob. cit., p. 320.

directa del usuario contra el proveedor,⁸¹⁵ el usuario en base a los arts. 8.1(a) y 10.1 queda legitimado para ejercer todas las acciones emanadas del contrato de suministro a favor del comprador, salvo las de resolución y nulidad (art. 10.2). Todo ello a menos que el proveedor evite esta responsabilidad adicional frente al usuario estableciendo cláusulas de exoneración en el contrato de suministro (que redundarían en una disminución de facultades del usuario en base al art. 10.1) o bien consiguiendo el acuerdo de la empresa de leasing y del usuario para excluir la aplicación de la Convención en base al art. 5.1.⁸¹⁶

Así entendida, la norma del art. 10.1 resulta, en principio, adecuada para proteger los intereses de las partes. Sin embargo, creo que tiene los siguientes puntos que pueden resultar criticables:

A) Está redactada en términos facultativos, ya que dice que las obligaciones del proveedor “*podrán* ser igualmente invocadas por el arrendatario...”, lo que da a entender que las obligaciones del proveedor pueden ser invocadas tanto por el usuario como por la empresa de leasing. Si bien esto podría no pasar de ser una deficiencia de traducción del inglés al español,⁸¹⁷ la conclusión antedicha se ve reafirmada por el empleo de la expresión “*igualmente*” (*also* en la versión en inglés y *également* en la versión en francés), y por haberse seguido los principios de la sección 2A-209 UCC,⁸¹⁸ lo que viene a confirmar que el texto del art. 10.1 permite tanto al usuario como a la empresa de leasing ejercitar las acciones derivadas del contrato de suministro.

⁸¹⁵ Los redactores de la Convención dieron un mismo fundamento a la exoneración de la empresa de leasing y a la acción directa: el carácter financiero de la actuación de la empresa de leasing y su falta de intervención en la elección del bien y del proveedor (exoneración que es proporcional a la falta de intervención, como se vio). Ver UNIDROIT, ob. cit. (*Draft convention...*), p. 38-39. De ello se deriva que en la medida en que la empresa de leasing no intervenga en tal elección, quedará exonerada de responsabilidad frente al usuario, y en la misma medida el usuario debe quedar legitimado para dirigirse contra el proveedor, ya que de otra manera el usuario quedaría en una situación de indefensión.

⁸¹⁶ CUMING, ob. cit., p. 54.

⁸¹⁷ La versión oficial en inglés de la Convención dice que las obligaciones del proveedor “*shall also be owed to the lessee*”, lo que da lugar a una interpretación más imperativa de la norma y se acerca a la situación que, desde mi punto de vista, es ideal en cuanto a que las obligaciones del proveedor derivadas del contrato de compraventa deben ser exigidas a su respecto directamente por parte del usuario. La versión oficial en francés, por su parte, señala que tales obligaciones “*peuvent également être invoquées par le crédit-preneur*”, lo que concuerda con la versión no oficial en español.

⁸¹⁸ Ver *supra* N° 24.2.3, donde se expuso que la acción directa del usuario contra el proveedor en base a la sección 2A-209 UCC no elimina las acciones que la empresa de leasing tenga contra el proveedor.

Lo anterior podría generar problemas de *litispendencia* derivados del eventual ejercicio simultáneo de acciones por parte del usuario y de la empresa de leasing.⁸¹⁹ Por ello es que se ha dicho que el ejercicio de la acción directa del usuario sólo cabe cuando los derechos invocados no hayan sido previamente ejercitados por el propio comprador (la empresa de leasing).⁸²⁰ No obstante esta solución interpretativa de la norma, cabe observar que ésta, tal como está planteada, implica dejar la operatividad de la acción directa al arbitrio de la empresa de leasing, a quien podría convenir, por ejemplo, presentar una demanda intencionadamente poco fundada, o dilatar el juicio que inicie, con la sola finalidad de no permitir al usuario el ejercicio de la acción directa. Ello a menos que se entienda que al invocarse una misma prestación contra un mismo demandado, los juicios deban acumularse⁸²¹ solucionándose la controversia en un solo pleito.

B) La Convención no otorga a la norma la calidad de imperativa, rigiéndose por la regla general de disponibilidad del art. 5.⁸²² Ello podría dar lugar a estipulaciones contractuales que limiten los derechos del usuario o incluso eliminen la acción directa del contenido del contrato. Como en el marco de la Convención el art. 10 es el único mecanismo de legitimación del usuario contra el proveedor, frente a una cláusula de estas características no cabría otra alternativa (en la lógica bipartita de la Convención) que hacer responsable a la empresa de leasing, misma solución a la que se llega en el ordenamiento jurídico español, y que ya tuve ocasión de criticar.⁸²³ Con ello se priva a la norma de toda utilidad práctica.

C) Si el contrato de suministro no regula algún aspecto, se deberá integrar el contrato acudiendo a las normas del ordenamiento doméstico de compraventa que resulte

⁸¹⁹ La posibilidad de ejercicio simultáneo por parte de los dos legitimados (usuario y empresa de leasing) en el marco de la Convención, es advertida por ILLESCAS ORTIZ y PERALES VISCASILLAS, ob. cit., p. 320.

⁸²⁰ *Ídem*.

⁸²¹ Ver Título III del Libro I de la LEC.

⁸²² En contra, BACCIARDI, ob. cit., p. 738, quien parece entender la norma como inderogable y, por esa vía, constitutiva de una mayor protección para el usuario. Los demás ordenamientos consultados dan a la acción directa carácter imperativo. Así se vio a propósito de la sección 2A-209, *supra* N° 24.2.3, y así se establece también en el art. 7 LMUL y art. 576-2 ACM, como se verá *infra* N° 24.3.2 y 24.5.2.

⁸²³ Ver *supra* N° 22.1.4.

aplicable. Ello puede provocar problemas de falta de uniformidad que han sido criticados a propósito del art. 12.2,⁸²⁴ a menos que resulte aplicable la CNUCCIM.

D) El párrafo 1 del art. 10 se ve gravemente limitado por el párrafo 2, que regula el ejercicio de las acciones de resolución y nulidad del contrato de suministro. A pesar de que el texto parece dar a entender que las acciones mencionadas deben ser ejercitadas por el usuario, aunque contando con el consentimiento de la empresa de leasing,⁸²⁵ los redactores de la Convención entendieron que estas acciones quedan reservadas sólo a la empresa de leasing.⁸²⁶ El fundamento dado para adoptar esta solución fue que no se puede esperar razonablemente que la empresa de leasing abandone a favor del usuario todas sus facultades, en especial la facultad de terminar el contrato de suministro, ya que éste constituye su título sobre el bien que es su garantía y, en muchos ordenamientos, la base para recibir beneficios tributarios que le permiten otorgar mejores condiciones al usuario,⁸²⁷ argumento al que algunos autores han agregado el efecto relativo del contrato, en este caso del contrato de suministro.⁸²⁸ Por mi parte, ya he tenido ocasión de criticar la posibilidad de dejar el ejercicio de la acción resolutoria del contrato de suministro al exclusivo arbitrio de la empresa de leasing,⁸²⁹ por lo que estimo que la solución otorgada por esta norma resulta muy poco satisfactoria.

24.3.3.- Las acciones del usuario en el art. 12.

El art. 12 reglamenta la protección del usuario en los casos de falta de entrega, entrega tardía y falta de conformidad, disponiendo lo siguiente:

⁸²⁴ Ver *infra* N° 24.3.3.

⁸²⁵ SCHERMI, ob. cit., p. 729. En el mismo sentido, la Corte de Casación italiana ha interpretado en ocasiones la norma en el sentido de que el usuario puede ejercitar por sí mismo la acción resolutoria del contrato de compraventa, sólo que haciendo partícipe del juicio a la empresa de leasing (litis consorcio pasivo necesario). Ver al efecto SCCI de 12 de marzo de 2004 (5125) y SCCI de 26 de enero de 2000 (854).

⁸²⁶ UNIDROIT, ob. cit. (*Draft convention...*), p. 65.

⁸²⁷ UNIDROIT, ob. cit. (*Draft convention...*), p. 63-65. En el mismo sentido, BRAZIL, ob. cit., p. 48.

⁸²⁸ LÓPEZ FRÍAS, ob. cit. (*Los contratos conexos...*), p. 123, Nota N° 158; FLORES DOÑA, ob. cit., p. 197.

⁸²⁹ Ver *supra* N° 22.2.7.

“1. Cuando el equipo no es entregado o es entregado con retardo o no está en conformidad con el contrato de suministro:

(a) el arrendatario tiene frente al arrendador el derecho de rechazar el equipo o de resolver el contrato de arrendamiento; y

(b) el arrendador tiene el derecho de subsanar la falta de cumplimiento de su obligación de entregar el equipo conforme a las estipulaciones del contrato de suministro, como si el arrendatario hubiera comprado el equipo al arrendador conforme a los mismos términos del contrato de suministro.

2. Los derechos contemplados en el párrafo precedente se ejercerán y se perderán en las mismas condiciones que si el arrendatario hubiera comprado el equipo al arrendador conforme a los mismos términos del contrato de suministro.

3. El arrendatario tendrá el derecho de retener el pago de las rentas estipuladas en el contrato de arrendamiento hasta que el arrendador haya subsanado el cumplimiento de su obligación de entregar el equipo conforme al contrato de suministro o hasta que el arrendatario haya perdido el derecho de rechazar el equipo.

4. Cuando el arrendatario haya ejercido su derecho de rescindir el contrato de arrendamiento, el arrendatario podrá recuperar cualquier renta y otras sumas pagadas por adelantado, salvo una suma razonable que corresponda al beneficio que él ha podido eventualmente obtener del equipo.

5. El arrendatario no tendrá (otra)⁸³⁰ acción contra el arrendador por falta de entrega del equipo, retardo en la entrega del equipo o entrega de equipo no conforme, a menos que ello haya sido resultado de un acto u omisión del arrendador.

6. Nada de lo dispuesto en este artículo afectará los derechos del arrendatario contra el proveedor en conformidad con el artículo 10.”⁸³¹

Los problemas observados en el punto anterior se acrecientan al intentar conciliar el art. 10 con el art. 12, que parece distinguir dos situaciones:^{832 833}

⁸³⁰ La palabra “otra” no aparece en la versión no oficial en español de la Convención, pero sí está en las versiones oficiales en inglés y francés. Como se verá más adelante, esta omisión tiene importancia en la interpretación de la norma.

⁸³¹ La traducción al castellano ha sido extraída de la versión no oficial de la Convención disponible en <http://www.unidroit.org/leasing-convention-other/leasing-convention-spa> Consulta: 21 de enero de 2017.

⁸³² Bajo este esquema se ha analizado tradicionalmente la norma. Ver ILLESCAS ORTIZ y PERALES VISCASILLAS, ob. cit., p. 323-325 y DOMÍNGUEZ PÉREZ, ob. cit., p. 1.536-1.537.

A) Caso en que la falta de entrega, entrega tardía o entrega de equipo no conforme con el contrato de suministro se deba a un incumplimiento del proveedor.

En este caso el art. 12 parece otorgar al usuario un derecho alternativo para dirigirse contra la empresa de leasing o contra el proveedor.⁸³⁴ Ello pues, por una parte, los párrafos 1, 2, 3 y 4 conceden al usuario la facultad de ejercitar remedios contra la empresa de leasing. Sin embargo, el párrafo 6 concede al usuario la facultad de dirigirse contra el proveedor utilizando la acción directa otorgada en el art. 10.1, ya que “nada de lo dispuesto” en los párrafos anteriores del art. 12 afecta la antedicha acción directa del usuario contra el proveedor.⁸³⁵

B) Caso en que la falta de entrega, entrega tardía o entrega de equipo no conforme resulte de un acto u omisión de la empresa de leasing.

Si bien la traducción no oficial al español pudiera dar a entender otra cosa,⁸³⁶ los textos oficiales de la Convención y el comentario de la Secretaría de Unidroit permiten

⁸³³ Las distinciones expuestas se hacen sin perjuicio de pacto diverso de las partes en el contrato, ya que tanto el art. 10 como el art. 12 quedan amparados por el carácter dispositivo que el art. 5 otorga a las normas de la Convención como regla general.

⁸³⁴ Salvo GARCÍA GARNICA, ob. cit., (Comentario...), p. 796, los autores que han analizado el art. 12 no contemplan el derecho alternativo que expongo.

⁸³⁵ En este sentido, REAL PÉREZ, ob. cit. (El incumplimiento...), p. 416 estima que en caso de falta de entrega, entrega defectuosa y vicios ocultos el usuario tiene acción directa contra el proveedor en virtud de los arts. 10 y 12.

⁸³⁶ La traducción no oficial de la Convención al español omite en el art. 12.5 la palabra “otra” (*other* en la versión en inglés y *autre* en la versión en francés), lo que cambia totalmente el sentido de la norma.

En efecto, si nos ceñimos a las versiones oficiales en inglés y francés, el art. 12.5 dice que “*el arrendatario no tendrá otra acción contra el arrendador por falta de entrega, entrega tardía o entrega de equipo no conforme, a menos que ello haya sido resultado de un acto u omisión del arrendador*”. De dicho texto se desprende que la acción del usuario contra la empresa de leasing a que se refiere el art. 12.5 es otra, adicional a las contempladas en los párrafos anteriores del art. 12. A *contrario sensu*, la norma dice que el usuario tendrá otra acción (adicional) contra la empresa de leasing cuando la falta de entrega, la entrega tardía o la entrega de equipo no conforme resulte del acto u omisión de la antedicha empresa. Ello da lugar al esquema de análisis que adopto para el art. 12.

En cambio, la versión en español dice que “*El arrendatario no tendrá acción contra el arrendador por falta de entrega del equipo, retardo en la entrega del equipo o entrega de equipo no conforme, a menos que ello haya sido resultado de un acto u omisión del arrendador*”. Dicho texto da a entender que el usuario *carece de toda acción* contra la empresa de leasing, a menos que la entrega, la entrega tardía o la entrega de equipo no conforme resulte del acto u omisión de la antedicha empresa. A *contrario sensu*, bajo esta versión de la norma el usuario *solamente tendrá acción* contra la empresa de leasing cuando la entrega, la entrega tardía o la entrega de equipo no conforme resulte del acto u omisión de la antedicha empresa. Así leída la norma, podría dar lugar a la razonable interpretación de que cuando la falta de entrega, entrega tardía o entrega no conforme *no se deba a*

concluir que en este caso el usuario tiene la posibilidad de reclamar a la empresa de leasing perjuicios adicionales a la recuperación de rentas y otras sumas pagadas por adelantado.⁸³⁷ Se trata, pues, de una acción distinta de las que emanan de la insatisfacción del usuario derivada del incumplimiento del proveedor.⁸³⁸

Se ha entendido que el “acto u omisión” de la empresa de leasing está referido a los casos en que ésta deja de pagar el precio al proveedor⁸³⁹ y, en general, a la conducta dolosa o culposa de la citada empresa respecto de la celebración y ejecución del contrato de suministro, o en la retransmisión al usuario del equipo puesto correctamente a disposición del propio arrendador por su proveedor.⁸⁴⁰

Hecho el análisis en general, creo que las soluciones proporcionadas por la norma no son satisfactorias, desde los siguientes puntos de vista.

A) Del texto del art. 12 y de los antecedentes de su elaboración no queda claro el criterio que debe utilizarse para distinguir los casos en que el usuario debe dirigirse contra el proveedor y aquellos en que debe dirigirse contra la empresa de leasing. Ello pues, por una parte, los arts. 8 y 10.1 establecen una legitimación más o menos amplia del usuario contra el proveedor, lo que parece confirmado por el art. 12.6. Sin embargo, el art. 12.1 a 12.4 establece remedios del usuario *contra la empresa de leasing* en los mismos casos para los

un acto u omisión de la empresa de leasing, el usuario *carece de toda acción* contra ésta (que quedaría, por tanto, amparada por la exoneración del art. 8.1(a)), debiendo dirigirse contra el proveedor en uso de la acción directa del art. 10.1. Y que, en cambio, solamente cuando la falta de entrega, entrega tardía o entrega no conforme *sí se deba* a un acto u omisión de la empresa de leasing, el usuario *tendría acción* contra la empresa de leasing, que serían las contempladas en el art. 12.1 a 12.4. Así parece entenderlo CLARIZIA, ob. cit., (*La locazione...*), p. 274, a pesar de que el texto en italiano sí incluye la palabra “otra” (“*non ha altra azione...*”); KRONKE, ob. cit., p. 326, aunque basándose en las versiones oficiales; PETIT SEGURA, ob. cit., p. 88, refiriéndose a los vicios ocultos; SÁNCHEZ CALERO, ob. cit., p. 24.

⁸³⁷ UNIDROIT, ob. cit. (*Draft convention...*), p. 69.

⁸³⁸ ILLESCAS ORTIZ y PERALES VISCASILLAS, ob. cit., p. 325. Ver también UNIDROIT, ob. cit. (*Draft convention...*), p. 69, donde se expresa que las facultades otorgadas al usuario en los números anteriores del art. 12 (art. 10 del proyecto) constituyen el “límite de los remedios del usuario contra el arrendador en el evento de incumplimiento del proveedor”, salvo el caso de culpa de la empresa de leasing, en cuyo caso la norma deja abierta la posibilidad al usuario para reclamar a ésta las indemnizaciones adicionales referidas.

⁸³⁹ UNIDROIT, ob. cit. (*Draft convention...*), p. 69; BRAZIL, ob. cit., p. 50.

⁸⁴⁰ ILLESCAS ORTIZ y PERALES VISCASILLAS, ob. cit., p. 325.

que legitimó al primero para dirigirse contra el proveedor (incumplimiento por parte de éste de las obligaciones emanadas del contrato de suministro).

Como no hay un criterio claro, parece haberse establecido un derecho de opción, como se ha dicho anteriormente, sin perjuicio de que las partes pudieran regular contractualmente el ejercicio de acciones por parte del usuario, dada la calidad dispositiva de los arts. 10 y 12.⁸⁴¹

B) La falta de definición denunciada en la letra anterior se ve agravada por el hecho de que la Convención opera en la lógica de que las obligaciones de entrega y conformidad del bien son cumplidas por *la empresa de leasing*⁸⁴² (y no por el proveedor) a favor del usuario.⁸⁴³

Esta lógica es contradictoria con la supuesta conexión contractual entre contrato de suministro y contrato de leasing y desnaturaliza el carácter financiero de la operación,⁸⁴⁴ ya que al desaparecer de escena el proveedor, la relación queda constituida entre usuario y

⁸⁴¹ En este sentido, CUMING, ob. cit., p. 52-53 y 55, quien advierte en virtud de la mencionada calidad de las normas, las partes quedan facultadas para regular sus relaciones autónomamente, bien dando prioridad a la acción del usuario contra el proveedor (art. 10) o bien dando prioridad a las acciones del usuario contra la empresa de leasing (art. 12). Este resultado parece deberse a la fuerte discusión que se generó entre los redactores de la Convención acerca del rol de la empresa de leasing (mero financiador sin responsabilidad respecto del bien, o propietario del bien con responsabilidad respecto del mismo frente al usuario), que se reflejó en la solución adoptada que recoge elementos de las dos concepciones (p. 50-52). A favor de la opción del usuario en base a estas normas se pronuncia GARCÍA GARNICA, ob. cit., (Comentario...), p. 796.

⁸⁴² Ello se desprende de la utilización del posesivo “su” en el art. 12 párrafos 1(b) y 3. Ambas normas hablan de la falta de cumplimiento de “su” obligación, refiriéndose a la empresa de leasing. Puede observarse en este punto un cambio entre el art. 10 del proyecto y la redacción final dada a tal norma en el actual art. 12. Si bien el art. 10 operaba también sobre la base del derecho del usuario de rechazar el equipo “frente al arrendador”, este derecho se concedía “cuando *el proveedor* no entrega el bien”, y al mismo tiempo se señalaba la pérdida del derecho del usuario a rechazar el equipo en los mismos casos en que “*el equipo hubiese sido suministrado al usuario como comprador*”. Ver UNIDROIT, ob. cit. (*Draft convention...*), p. 5. Tales normas podrían haber dado a entender que las obligaciones del proveedor se cumplían directamente respecto del usuario. Sin embargo, hubiesen resultado contradictorias con el resto de las demás previsiones de la Convención, especialmente con aquellas que contemplaban remedios del usuario “frente al arrendador” en caso de incumplimiento de dichas obligaciones.

⁸⁴³ En el mismo sentido que la norma, ILLESCAS ORTIZ y PERALES VISCASILLAS, ob. cit., p. 315, observan que la obligación de entrega corresponde a la empresa de leasing, y si bien en el contrato de compraventa el proveedor se obliga a efectuarla directamente al usuario, dicha entrega se hace por cuenta y en nombre de la empresa de leasing.

⁸⁴⁴ Ver CLARIZIA, ob. cit., (*La locazione...*), p. 274, quien analizando los arts. 10 y 12 señala que la Convención oscila entre una lógica arrendaticia y una lógica financiera.

empresa de leasing “como si el arrendatario hubiera comprado el equipo al arrendador” (en los términos del art. 12.1(a) y 12.2), lo que asemejaría el leasing financiero a una compraventa común entre empresa de leasing y usuario.⁸⁴⁵ Esta reconducción de la relación usuario - empresa de leasing a una relación comprador-vendedor es también criticable desde que resta uniformidad al texto (a menos que resulte aplicable la CNUCCIM, el régimen de compraventa deberá ser determinado conforme a la reglas conflictuales de Derecho Internacional Privado, que conducirán a un ordenamiento doméstico⁸⁴⁶) y determina la aplicación de un régimen contractual que es ajeno a la relación usuario-empresa de leasing.⁸⁴⁷

C) Aun cuando obviáremos las críticas anteriores y entrásemos en la lógica de la Convención (de que las mencionadas obligaciones son cumplidas por la empresa de leasing a favor del usuario), puede observarse que la solución del art. 12.1, en cuanto a establecer remedios al usuario frente a la empresa de leasing, deja en ascuas el contrato de suministro,⁸⁴⁸ ya que si el usuario rechaza el bien o resuelve el contrato de leasing, la empresa de leasing se verá forzada a iniciar un segundo juicio en contra del proveedor

⁸⁴⁵ Ver SCHERMI, ob. cit., p. 727, quien observa que en base a esta norma se produce una suerte de “transfusión” de contenido del contrato de compraventa (suministro) hacia el contrato de leasing, por lo que la relación usuario – empresa de leasing no es ya sólo de concesión del uso y goce del bien, porque se le agregan elementos de compraventa o contrato de obra, según cuál haya sido el contrato de suministro. Por su parte, FLORES DOÑA, ob. cit., p. 187, advierte que no cabe asimilar el leasing financiero a una compraventa, tanto porque la adquisición del dominio por parte del usuario no es esencial, como porque la compraventa que se celebra en el marco de la operación es instrumental a una operación de financiación. Puede verse también *supra* N° 10.3.3, en cuanto a los argumentos esgrimidos por la doctrina y la jurisprudencia para rechazar la tesis de la compraventa a plazos como calificación del leasing financiero.

⁸⁴⁶ Ver CUMING, ob. cit., p. 57, quien expone que el art. 12.2 puede desembocar en contradicciones entre los remedios del art. 12 y los del régimen interno de compraventa aplicable (por ejemplo, si el régimen doméstico de la compraventa no contempla remedios que sí contempla el art. 12, como el derecho a subsanar), lo que causa problemas interpretativos; LEVY, ob. cit., p. 278, Nota N° 59; WANG, ob. cit., p. 136.

⁸⁴⁷ CUMING, ob. cit., p. 57; WANG, ob. cit., p. 136.

⁸⁴⁸ Como bien apunta DOMÍNGUEZ PÉREZ, ob. cit., p. 1.528, en conformidad al art. 1.2(b), la celebración del contrato de compraventa no queda condicionada a la celebración del de leasing, sino que se perfecciona independientemente de éste. En el mismo sentido, PETIT SEGURA, ob. cit., p. 87. En base a ello, estimo perfectamente posible que (en base a lo dispuesto en la Convención) el contrato de compraventa se haya perfeccionado y luego el usuario rechace el bien o resuelva el contrato de leasing en base a la facultad que le otorga el art. 12.1, produciéndose de este modo el inconveniente de orden práctico a que me refiero arriba.

para regularizar la situación en que quedará el contrato de suministro que celebró con éste, y hacer las compensaciones que correspondan.

D) Estimo altamente inconveniente disponer que la empresa de leasing subsane el incumplimiento, básicamente por dos motivos:

En primer lugar porque considero que las obligaciones de entrega y conformidad tienen como deudor al proveedor (no la empresa de leasing) y como acreedor al usuario,⁸⁴⁹ por lo que su incumplimiento no puede ser imputado a la empresa de leasing,⁸⁵⁰ sino al

⁸⁴⁹ Ver *infra* N° 28.1.2. Así se entiende también en el UCC, ya que, por ejemplo, en la sección 2A-513 UCC se otorga la facultad de subsanar al proveedor, y no a la empresa de leasing. Así parecen haberlo entendido también los propios redactores de la Convención al regular la acción directa del usuario contra el proveedor, como se desprende de UNIDROIT, ob. cit. (*Draft convention...*), p. 64. Así parece entenderlo también DOMÍNGUEZ PÉREZ, ob. cit., p. 1.529 y 1.536, aunque luego analiza la obligación de entrega entre las que corresponden a la empresa de leasing, y no manifiesta disconformidad con los remedios del art. 12.

A este respecto, cabe observar que el texto de la Convención mueve a confusión. Así, por una parte, el art. 12 señala que las obligaciones de entrega y conformidad del bien pesan sobre la empresa de leasing (como se vio, hablan de “*su*” obligación, refiriéndose a la empresa de leasing) y tienen como fuente el contrato de leasing. Sin embargo, por otra parte, los arts. 10 y 11 dan a entender que dichas obligaciones tienen como fuente el contrato de compraventa y se deben por el proveedor al usuario. En este sentido es especialmente decidor el art. 11, al hablar de “*los derechos del arrendatario (usuario) que se originen en el contrato de suministro*”. La aclaración entre paréntesis es mía.

⁸⁵⁰ Como se expresó anteriormente, los autores de la Convención estimaron que la exoneración del art. 8.1(a) tiene como fundamento la falta de intervención de la empresa de leasing en la elección del proveedor y del bien, de lo que se desprende que sí podría imputársele la insatisfacción del usuario cuando haya tenido tal intervención. Sin embargo, creo que ello no debe llevar a desconocer que es el usuario el experto en su giro (y no la empresa de leasing, que tiene giro financiero); que una de las características del leasing financiero consiste en que él elige el bien y el proveedor (art. 1.2.(a)); y que en la realidad de los hechos es el proveedor (no la empresa de leasing) quien tiene bajo su esfera de control la entrega y conformidad del bien.

No obstante lo anterior, se pueden plantear determinados supuestos prácticos en que la insatisfacción del usuario pueda deberse a una acción u omisión de la empresa de leasing, en ninguno de los cuales cabría aplicar los remedios del art. 12. Ello sucedería, por ejemplo, cuando la empresa de leasing no haya celebrado el contrato de compraventa, o lo haya celebrado con un proveedor distinto al señalado por el usuario. Sin embargo, cabe observar que en estos supuestos no se habrá configurado la operación de leasing financiero en los términos del art. 1 de la Convención (no hay proveedor ni contrato de compraventa, o los habrá en contravención a lo dispuesto por el usuario), sino que sólo habrá un contrato de leasing incumplido, por lo que obviamente el usuario carecerá de acción directa contra el proveedor, debiendo dirigirse contra la empresa de leasing de acuerdo al ordenamiento al que envíe la norma de conflicto, por no ser aplicable la Convención, al no configurarse sus requisitos objetivos del art. 1.

En todo caso, aunque se configurara un auténtico caso de imputabilidad de la empresa de leasing, el usuario tiene a su disposición las acciones del art. 12.5, por lo que no se justifica el establecimiento simultáneo de acciones del usuario contra el proveedor (acción directa del art. 10.1) y contra la empresa de leasing (art. 12.1 a 12.4).

proveedor, quien debería proporcionar la subsanación del incumplimiento de sus obligaciones.⁸⁵¹

En segundo lugar porque, como ya ha sido advertido, existen inconvenientes de orden práctico para que la empresa de leasing procure tal subsanación.⁸⁵² La conveniencia de que en estos casos responda el proveedor y no la empresa de leasing fue observada por la Secretaría de Unidroit,⁸⁵³ no obstante lo cual se mantuvo la norma comentada en base a consideraciones que no llegan a desvirtuar los argumentos aquí expuestos.⁸⁵⁴

24. 4.- Ley modelo Unidroit de leasing.

24. 4. 1.- Exoneración de la empresa de leasing. Irrevocabilidad e independencia.

Si bien no existe en la ley modelo una norma de exoneración expresa de los aspectos contractuales de la empresa de leasing frente al usuario,⁸⁵⁵ tal exoneración resulta

⁸⁵¹ En este sentido, ver la sección 2A-513 UCC, que establece la facultad de subsanación al proveedor.

⁸⁵² Ver *supra* N° 22.1.4.

⁸⁵³ Ver UNIDROIT, ob. cit. (*Draft convention...*), p. 54-55, donde a propósito del actual art. 10 de la Convención (art. 9 del proyecto) se señala que dicha norma “*reconoce que en la mayoría de los casos es el proveedor, más que el arrendador, la parte apropiada a quien el usuario debería recurrir en busca de reparación cuando el equipo resulta defectuoso o no conforme con el contrato de suministro*”.

⁸⁵⁴ *Ibidem*, p. 66, donde se expresa que la razón para establecer remedios del usuario frente a la empresa de leasing (y no frente al proveedor) fue que el derecho del usuario de rechazar el equipo frente al proveedor privaría a la empresa de leasing de su garantía, consistente en la propiedad del equipo. El fundamento no es satisfactorio, ya que el rechazo del equipo no implica privar de su propiedad a la empresa de leasing, sino generalmente pedir su sustitución por otro conforme. Por lo demás, si se tuvo en cuenta como fundamento el no perjudicar a la empresa de leasing, no se advierte en qué medida la solución adoptada la perjudica menos que la que propongo. En efecto, si el usuario rechaza el equipo de cara a la empresa de leasing o resuelve el contrato de leasing, la citada empresa se verá en la situación de tener en su patrimonio un bien ajeno a su giro, viéndose en la necesidad de demandar al proveedor para su sustitución (en caso de persistir el contrato de leasing) o la resolución del contrato de compraventa. En cambio, si el usuario rechaza el equipo frente al proveedor, el problema se arregla entre ellos (la empresa de leasing mantiene su actuación estrictamente financiera) y la citada empresa no tendrá pérdida patrimonial alguna, ya que, según se verá, la obligación de pagar el precio al proveedor nace al momento que el usuario acepta el bien, lo que no habrá ocurrido en el caso que el usuario rechace el bien de cara al proveedor.

⁸⁵⁵ El art. 9, si bien lleva por título “exclusión de responsabilidad del arrendador”, se refiere sólo a la responsabilidad que cabría a la empresa de leasing “*en razón de la muerte, daños personales o daños a bienes de terceros causados por el activo o por el uso de dicho activo.*” Ver a este respecto BACKOVIC, ob. cit., p. 866, para quien la responsabilidad debe recaer en el usuario (si el daño se produce en la etapa de utilización del bien) o en el fabricante (si el daño se produce por defectos o funcionamiento defectuoso), pero nunca en la empresa de leasing, que ni produce ni utiliza el bien. En base a ello advierte que en la incorporación de la ley modelo se debe prevenir el llamado “*deep pocket*”

del conjunto de varias disposiciones, como el art. 7,⁸⁵⁶ el art. 9, el art. 10,⁸⁵⁷ el art. 11,⁸⁵⁸ el art. 12,⁸⁵⁹ el art. 13,⁸⁶⁰ el art. 14⁸⁶¹ y el art. 17.⁸⁶² En el comentario oficial a estas normas se deja constancia de su justificación en la función eminentemente financiera que desempeña la empresa de leasing.⁸⁶³ Al igual que en UCC y en la CUAFL, la única responsabilidad que asume la empresa de leasing frente al usuario es la garantía de posesión pacífica del bien,⁸⁶⁴ cuyo incumplimiento esencial habilita al usuario para resolver el contrato de leasing propiamente dicho.⁸⁶⁵ A ello que se puede sumar una responsabilidad de carácter eventual en base al art. 7.2, que se analizará en el punto subsiguiente.

Por su parte, el art. 10 contempla la irrevocabilidad e independencia de las obligaciones del usuario en los siguientes términos:

síndrome”, en virtud del que terceros buscan responsabilizar a la empresa de leasing por estar en mejor situación financiera.

⁸⁵⁶ Esta norma consagra la acción directa del usuario contra el proveedor, y será analizada en el punto siguiente.

⁸⁵⁷ Esta norma consagra la irrevocabilidad e independencia de las obligaciones del usuario.

⁸⁵⁸ Esta norma traspa los riesgos del bien directamente desde el proveedor al usuario y en caso de incumplimiento de éste faculta al usuario a ejercitar acciones directamente contra el proveedor.

⁸⁵⁹ Esta norma permite al usuario, en caso de que el bien resulte dañado sin culpa del usuario o de la empresa de leasing antes de la entrega, aceptar el bien exigiendo la debida indemnización al proveedor (no a la empresa de leasing).

⁸⁶⁰ Esta norma permite al usuario reclamar al proveedor daños y perjuicios si el bien aceptado no es conforme con el contrato de adquisición.

⁸⁶¹ Esta norma permite el ejercicio de acciones en contra del proveedor en caso de falta de entrega, entrega parcial, entrega tardía o falta de conformidad con el contrato de leasing.

⁸⁶² Esta norma pone de cargo del proveedor la garantía de aceptabilidad e idoneidad del bien, que en términos generales se corresponde con la garantía de “calidad comerciable” o “comerciability” y adecuación al uso estipulado, de las que resulta exonerada la empresa de leasing en las secciones 2A-212 y 2A-213 UCC como el art. 8.1(a) CUAFL.

⁸⁶³ Ver UNIDROIT, ob. cit. (*Official commentary*), N° 53, 54 y 57.

⁸⁶⁴ El art. 16.1(a) dispone que “*el arrendador/dador debe garantizar que la posesión pacífica del activo por parte del arrendatario/tomador no podrá ser perturbada por una persona que tenga mejor derecho o por quien alegue tener mejor derecho y actúe en virtud de la autoridad de algún tribunal, en los casos que dicho derecho, o reclamación se deriven de un acto u omisión intencional o negligente por parte del arrendador/dador*”. Ver al efecto STANFORD, ob. cit. (*The UNIDROIT model law...*), p. 398.

⁸⁶⁵ Art. 23.1(c).

“1. (a) En todo leasing financiero, las obligaciones del arrendador/dador y del arrendatario/tomador adquieren el carácter de irrevocables e independientes una vez el activo arrendado ha sido entregado a y aceptado por el arrendatario.

(b)...

2. Salvo por lo establecido en el artículo 23(1)(c), toda obligación que tenga el carácter de irrevocable e independiente deberá ser cumplida conforme a sus términos, independientemente del cumplimiento o incumplimiento de la otra parte, a menos que la parte acreedora dé por terminado el contrato de leasing.”⁸⁶⁶

Esta norma debe entenderse complementada por el art. 23.1(b), que impide al usuario resolver el contrato de leasing a causa del incumplimiento fundamental de la empresa de leasing o del proveedor, sin perjuicio de tener a su alcance las acciones legales que se prevean en el contrato o en la ley.⁸⁶⁷

Tal irrevocabilidad e independencia, también fundamentada en el carácter financiero de la actuación de la empresa de leasing,⁸⁶⁸ tiene como única excepción en la ley el incumplimiento fundamental de la garantía de posesión pacífica por parte de la empresa de leasing, caso en que el art. 23.1(c) autoriza al usuario a resolver el contrato de leasing.

24. 4. 2.- La acción directa del art. 7.1.

El art. 7.1 dispone que *“en un leasing financiero, las obligaciones del proveedor derivadas del contrato de suministro podrán ser invocadas por el arrendatario como si él mismo hubiera sido parte de ese contrato y como si el activo debiera serle suministrado directamente. El proveedor no será responsable ante el arrendador y al arrendatario con respecto a un mismo daño.”* Esta norma debe ser analizada conjuntamente con el art. 14.1, en virtud del cual *“En todo contrato de leasing financiero, cuando el activo no se ha entregado, se ha entregado parcialmente, se ha entregado con retraso, o no es conforme al contrato de leasing, el arrendatario podrá exigir del proveedor un activo que sea conforme y ejercer las demás acciones a que tenga derecho conforme a la*

⁸⁶⁶ La traducción al castellano ha sido extraída de la versión no oficial de la ley modelo disponible en <http://www.unidroit.org/leasing-model-lwa-other/arabic-model-law-leasing-esp-2> Consulta: 21 de enero de 2017. Salvo que se diga expresamente lo contrario, en adelante las traducciones que se citen lo serán de dicho texto.

⁸⁶⁷ Como es tónica en la ley modelo, la referencia a “la ley” debe entenderse referida a la ley del Estado que adopte la ley. Ver UNIDROIT, ob. cit. (*Official commentary*), N° 93.

⁸⁶⁸ UNIDROIT, ob. cit. (*Official commentary*), N° 54; BACKOVIC, ob. cit., p. 864; BEY, ob. cit., p. 619.

ley”;⁸⁶⁹ con el art. 19, que define el incumplimiento; y con el art. 23.1, que en su párrafo (b) dispone que “salvo por lo dispuesto en el sub-párrafo (c), después de que el activo arrendado ha sido entregado a y aceptado por el arrendatario, el arrendatario/ tomador en un contrato de leasing financiero no puede terminar el contrato de leasing por causa del incumplimiento fundamental del arrendador o del proveedor, pero tendrá derecho a las acciones legales que se prevean en el contrato o en la ley” y en su párrafo (c) señala que “en el evento de un incumplimiento fundamental por parte del arrendador con relación a la garantía de posesión pacífica mencionada en el artículo 16, el arrendatario, en un contrato de leasing financiero, podrá terminar el contrato.”

De esta forma, frente al incumplimiento del proveedor (art. 19), el usuario puede invocar la obligación incumplida como acreedor (art. 7.1) y ejercer en contra éste las acciones que le otorgue la ley (art. 14), no pudiendo resolver el contrato de leasing (art. 23.1(b)) y debe seguir pagando las cuotas de leasing (art. 10.2), salvo el caso de incumplimiento de la garantía de posesión pacífica (art. 23).

Puede apreciarse que el art. 7.1 tiene una redacción es muy similar a la del art. 10.1 CUAFL.⁸⁷⁰ Sin embargo, tiene dos diferencias importantes:

- A. En primer lugar, la norma reconoce que las obligaciones emanadas del contrato de compraventa se cumplen directamente por parte del proveedor en beneficio del usuario,⁸⁷¹ como una excepción al principio de efecto relativo del contrato⁸⁷² (aclaración que reviste importancia desde que la ley modelo sigue la concepción bipartita del leasing financiero⁸⁷³), de manera que las obligaciones de entrega y

⁸⁶⁹ Se debe tener presente que, tal como se advierte en UNIDROIT, ob. cit. (*Official commentary*), N° 67, cuando el art. 14 otorga remedios “conforme a la ley” se refiere a los remedios que se contengan en el ordenamiento del Estado que adopta la ley.

⁸⁷⁰ Al igual que allí, el fundamento de la acción directa está dado por el carácter financiero de la operación, considerando legalmente al usuario como co-contratante del proveedor. Ver BEY, ob. cit., p. 615-616.

⁸⁷¹ Ello se desprende del título del art. 7 (Arrendatario en el contrato de leasing financiero como beneficiario del contrato de suministro) y del art. 17.1, que pone de cargo del proveedor la garantía de aceptabilidad e idoneidad del bien. Ver también BEY, ob. cit., p. 615-616.

⁸⁷² UNIDROIT, ob. cit. (*Official commentary*), N° 42.

⁸⁷³ A este respecto vale la pena recordar que de acuerdo al art. 7.5 la acción directa del usuario contra el proveedor no legitima al usuario para negociar la modificación, terminación, o rescisión del contrato de adquisición sin el consentimiento de la empresa de leasing.

conformidad no recaen sobre la empresa de leasing, como se entiende en el art. 12 CUAFI. En base a lo anterior, se establece una legitimación *exclusiva*⁸⁷⁴ y *amplia*⁸⁷⁵ del usuario para dirigirse contra el proveedor, que satisface tanto al usuario (porque queda facultado para reclamar directamente al responsable del incumplimiento, sin necesidad de contar con la anuencia de la empresa de leasing⁸⁷⁶), como a la propia empresa de leasing, que resulta legalmente descargada de la responsabilidad por insatisfacción del usuario.⁸⁷⁷

- B. La segunda diferencia con el art. 10.1 CUAFI es que la ley modelo otorga al art. 7.1 carácter imperativo (art. 7.4), constituyendo una excepción al principio de libertad contractual establecido en el art. 5. Dicho carácter imperativo es particularmente importante cuando el usuario es una empresa mediana o pequeña⁸⁷⁸ (considerando sobre todo que el contrato de leasing es de adhesión) y se justifica porque ésta es una de las normas más importantes de la ley modelo y una de las claves de una buena regulación del leasing financiero.⁸⁷⁹

⁸⁷⁴ En este punto es necesario destacar nuevamente la falta de uniformidad entre las distintas versiones de la ley modelo. En efecto, la versión oficial en inglés del art. 7.1 mantiene la misma redacción que el art. 10.1 de la Convención de Ottawa ("*the duties of the supplier under the supply agreement shall also be owed to the lessee*"), a propósito del cual se observó que la palabra "igualmente" puede fundamentar la legitimación conjunta del usuario y de la empresa de leasing contra el proveedor. En cambio, la versión oficial en francés, al igual que la versión no oficial en castellano, no contiene la palabra "igualmente" ("*les obligations du fournisseur qui résultent du contrat de fourniture peuvent être invoquées par le preneur*"), lo que no da lugar a la antedicha legitimación conjunta. En esta última alternativa se eliminan los eventuales supuestos de *litis pendencia* observados en el art. 10 de la Convención de Ottawa.

⁸⁷⁵ La acción directa en los términos planteados por los arts. 7.1 y 14 de la ley modelo permite al usuario exigir al proveedor el cumplimiento de todas las obligaciones que emanan del contrato de compraventa. En este sentido, BEY, ob. cit., p. 615-616.

⁸⁷⁶ Ver UNIDROIT, ob. cit. (*Official commentary*), N° 43, donde se expresa que el art. 7.1 otorga al usuario una acción directa contra el proveedor "*sin la necesidad de cooperación por parte del arrendador*".

⁸⁷⁷ *Ibidem*.

⁸⁷⁸ DEKOVEN, ob. cit., p. 629.

⁸⁷⁹ BACKOVIC, ob. cit., p. 864; BEY, ob. cit., p. 615; SULTANOV, ob. cit., p. 645.

24. 4. 3.- La limitación del art. 7.2.

El apartado 2 del art. 7 dispone que *“A solicitud del arrendatario, el arrendador deberá ceder al arrendatario sus derechos para hacer valer el contrato de suministro. Si el arrendador no lo hace, se entenderá que el arrendador asume las obligaciones del proveedor.”*

La norma transcrita contempla la facultad del usuario de exigir a la empresa de leasing la cesión de las acciones que tiene contra el proveedor para hacer cumplir el contrato de compraventa. Frente al ejercicio de esta facultad (que podría ejercerse tanto al momento de suscribir el contrato de leasing financiero como luego, por la vía legal⁸⁸⁰) se ha dicho convendría a la empresa de leasing acceder, con el objeto de evitar verse obligada frente al usuario, en circunstancias que el litigio emanará de las especificaciones del bien o de la elección del proveedor, materias que son ajenas a la mencionada empresa.⁸⁸¹

Se ha dicho también que esta prerrogativa está prevista para el caso de que el usuario estime insuficiente la protección del apartado 1, a fin de obtener prerrogativas jurídicas más amplias para hacer valer los derechos de comprador ante el proveedor.⁸⁸² No comparto tal apreciación, ya que el apartado 1 tiene un contenido suficientemente protector para el usuario, al reconocerle sin distinción todas las prerrogativas jurídicas que tiene la empresa de leasing frente al proveedor. Desde este punto de vista, considerando que la redacción de la norma establece la acción directa del apartado 1 y la cesión de acciones del apartado 2 como alternativas para el usuario (no se establece ninguna prelación entre ambas), y que las acciones que son objeto de cesión bajo el apartado 2 son las mismas que tiene el usuario en virtud del apartado 1,⁸⁸³ puede concluirse que la vigencia conjunta de ambos apartados es hasta cierto punto incompatible y podría provocar problemas de interpretación.

Por otra parte, para el caso de que la empresa de leasing no ceda los derechos exigidos por el usuario,⁸⁸⁴ el art. 7.2 sanciona a la primera poniendo a su cargo las

⁸⁸⁰ BEY, ob. cit., p. 616.

⁸⁸¹ UNIDROIT, ob. cit. (*Official commentary*), N° 44.

⁸⁸² BEY, ob. cit., p. 616.

⁸⁸³ *Ibídem*, p. 616-617.

⁸⁸⁴ BEY, ob. cit., p. 617 pone como ejemplo de posibles motivos por los que la empresa de leasing pueda querer rehusar la cesión, la inoportunidad comercial de la cesión, o el hecho de que el proveedor sea una empresa creadora de importantes negocios a la que se quiera tratar con cuidado.

obligaciones del proveedor, con lo que se hace ineficaz la cláusula de exoneración de la empresa de leasing⁸⁸⁵ y se vuelve a la solución del art. 12 de la Convención de Ottawa y de la práctica actual en España (hacer responsable a la empresa de leasing), que ya tuve ocasión de criticar.⁸⁸⁶ En base a lo anterior, estimo recomendable la adopción del apartado 1 únicamente.

24. 5.- Anteproyecto de Código Mercantil.

24. 5. 1.- La exoneración de la empresa de leasing.

Al dar la noción de leasing financiero el art. 576-1.1 señala que la operación se desarrolla *“en condiciones económicas que supongan transferir al arrendatario sustancialmente todos los riesgos y beneficios inherentes a la propiedad del activo”*, lo que supone exonerar a la empresa de leasing, a quien corresponden dichos riesgos como compradora/cedente del goce en la concepción bipartita.⁸⁸⁷ Ello que es confirmado por el art. 576-3 letra a), según el que la empresa de leasing no asume *“ningún otro tipo de responsabilidad o gasto en relación con dicho activo”*, y letra b), donde se expresa que *“en consecuencia, el arrendatario estará obligado a soportar todos los gastos derivados de la conservación y mantenimiento del activo, de sus reparaciones ordinarias y extraordinarias y soportará todos los riesgos inherentes al mismo, que no podrá repercutir al arrendador ni le dispensarán de la obligación de satisfacer las cantidades previstas en el contrato.”* Puede apreciarse que esta última norma consagra también la irrevocabilidad e independencia de las obligaciones del usuario.

Tal como en los demás textos analizados, el ACM consagra como única excepción a la exoneración de responsabilidad de la empresa de leasing la obligación de *“asegurar al arrendatario la pacífica posesión del activo arrendado”*, establecida en el art. 576-3 letra a).

24. 5. 2.- La acción directa del art. 576-2.

El art. 576-2 ACM establece la acción directa del usuario contra el proveedor en los siguientes términos:

⁸⁸⁵ *Ibidem*.

⁸⁸⁶ Ver *supra* N° 22.1.4.

⁸⁸⁷ Ver *infra* N° 28.2.6.

“1. Las obligaciones del proveedor del activo objeto del arrendamiento financiero serán exigibles por el arrendatario como si éste fuera parte del contrato de adquisición del activo y éste tuviera que entregarse directamente a dicho arrendatario. En el caso de que el contrato con el proveedor no permita ese ejercicio de derechos por el arrendatario, el arrendador deberá prestar su colaboración para que pueda exigirse el cumplimiento de las obligaciones del proveedor en beneficio del arrendatario, siendo en otro caso responsable frente al arrendatario del incumplimiento de las obligaciones del proveedor.

2. ...

3. Las obligaciones del proveedor del activo objeto del arrendamiento y las consecuencias que se deriven de su incumplimiento, anteriores o posteriores a su entrega, serán exigibles por el arrendatario como si éste fuera parte del contrato de adquisición, con la obligación de colaboración por parte del arrendador previsto en el apartado 1 anterior.”

Puede apreciarse que la primera parte del apartado 1 tiene una clara influencia del art. 10.1 de la Convención de Ottawa y del art. 7.1 de la ley modelo, cuya redacción es casi idéntica, reconociendo al usuario como destinatario de las obligaciones que para el proveedor nacen del contrato de compraventa y legitimando al primero para dirigirse directamente contra el segundo de cara al cumplimiento de dichas obligaciones.

La segunda parte del apartado 1 establece una protección adicional para el usuario inspirada en el art. 7.2 de la ley modelo Unidroit, aunque con una redacción mucho más clara.⁸⁸⁸ Sin embargo, creo que la norma es algo ambigua, ya que si en el contrato de compraventa no se permite el ejercicio de acciones por parte del usuario (por ejemplo, porque la empresa de leasing renunció a las acciones que como compradora le corresponden contra el proveedor), no se advierte cuál es la “colaboración”⁸⁸⁹ que debe prestar la empresa de leasing para lograr que el usuario pueda exigir a su favor el cumplimiento de las obligaciones del proveedor. Las alternativas de “colaboración” podrían pasar por que la empresa de leasing demande al proveedor para que cumpla el

⁸⁸⁸ El art. 576-2.1 señala expresamente la finalidad de la norma, que es regular aquellos casos en que “el contrato con el proveedor no permita el ejercicio de derechos por el arrendatario”. En cambio, el apartado 2 del art. 7 de la ley modelo Unidroit se establece alternativamente con la acción directa del apartado 1, lo que puede dar lugar a los problemas de incompatibilidad ya reseñados.

⁸⁸⁹ El art. 415-4 del ACM dispone en el capítulo referido al contenido de los contratos mercantiles que “cada parte debe cooperar con la otra cuando dicha cooperación pueda ser razonablemente esperada para el cumplimiento de sus obligaciones”. Dicha norma, por su carácter general, no ayuda a concretar la “colaboración” exigida a la empresa de leasing en el art. 576-2.

contrato frente al usuario, o que deba negociar con el proveedor para conseguir dicho objetivo. Sin embargo, ninguna de las dos alternativas parece satisfactoria. El inicio de un juicio por parte de la empresa de leasing contra el proveedor constituye una alternativa gravosa tanto para la empresa de leasing (que deberá salir de su actuación estrictamente financiera para iniciar el correspondiente juicio contra el proveedor) como para el usuario (que perderá el control de la situación mientras debe seguir pagando las cuotas de leasing). Asimismo, las dos alternativas planteadas carecen de utilidad y estarían destinadas al fracaso, ya que si la empresa de leasing renunció a sus acciones, no tendría base para luego pretender recuperar las acciones renunciadas. Por lo demás, la sanción que establece la norma para el caso en que fracase o no se otorgue la mencionada “colaboración” es nuevamente hacer responsable a la empresa de leasing, solución que ya tuve ocasión de refutar a propósito del art. 10.1 de la Convención de Ottawa y el art. 7.2 de la ley modelo Unidroit. En base a lo expuesto, estimo que esta parte de la norma es altamente inconveniente, siendo suficiente la legitimación establecida en la primera parte del apartado 1 del art. 576-2.

Lo dispuesto en el apartado 1 es reiterado en el apartado 3, que no tiene más mérito que agregar un elemento adicional, al disponer que el usuario puede exigir al proveedor sus *“obligaciones (...) y las consecuencias que deriven de su incumplimiento, anteriores o posteriores a la entrega”*, lo que implica otorgar al primero una legitimación bastante amplia para demandar todas las pretensiones que un comprador puede dirigir contra el vendedor.

CAPÍTULO III

LA CONCEPCIÓN UNITARIA

25.- ASPECTOS GENERALES.

Como se expuso en el Capítulo anterior, la abrumadora mayoría de la doctrina y de la jurisprudencia en España estima que en la operación de leasing financiero conviven dos contratos claramente diferenciados, aunque conexos. Sin embargo, poco a poco se ha ido abriendo paso una concepción distinta, que he denominado unitaria (y que en ocasiones la doctrina denomina tesis de la trilateralidad), en base a la que se concibe el leasing financiero como un solo contrato que involucra a usuario, empresa de leasing y proveedor.

Esta concepción unitaria, que en España ha sido tímidamente sugerida de forma bastante genérica por algunos autores (los cuales, sin embargo, terminan analizando la operación bajo los parámetros de la concepción bipartita),⁸⁹⁰ ha sido seguida con mucha

⁸⁹⁰ Ver CHULIA VICENT y BELTRÁN ALANDETE, ob. cit., que efectúan el análisis bajo el esquema tradicional de dos contratos, introduciendo la trilateralidad siempre en términos condicionales, por ejemplo en p. 41, donde señalan que considerando la existencia de cláusulas del contrato de leasing que conciernen directamente al proveedor (como la exoneración y subrogación), “cabría considerarlo trilateral”, sin perjuicio de lo cual analizan por separado el contrato de compraventa y el de leasing financiero propiamente dicho en p. 44-46 bajo el epígrafe “dualidad de contratos” (que vendría a contradecir la trilateralidad), donde expresan que “hay pues dos relaciones contractuales paralelas, por un lado el propio contrato de leasing que liga a la sociedad con el usuario, y por otro, el contrato de compra entre la sociedad de leasing y el proveedor vendedor; no obstante y como se observa, existen una serie de interrelaciones entre los tres sujetos que habría deseable que los tres estuviesen ligados en el mismo contrato” (sic.) (los subrayados son míos), mencionando con posterioridad en p. 52 las consecuencias que se derivarían “si estructurásemos la relación entre las partes tripartita...” (sic.), para concluir que dicha situación dista de ser real en España, donde la fórmula contractual más utilizada es el juego de las cláusulas de exoneración y subrogación; BELTRÁN ALANDETE, ob. cit., p. 665 y 671 sigue la misma lógica que en el trabajo conjunto con Chulia Vicent, al señalar que la operación de leasing se fracciona artificialmente en dos convenios, siendo deseable que las tres partes suscribiesen un mismo contrato, sin perjuicio de lo cual afirma que “no hay relación directa alguna que justifique la reclamación del usuario al proveedor directamente. Debe subrogarse en la posición jurídica de la compañía de leasing...”, afirmación que contradice la concepción unitaria, ya que en ésta el usuario tiene una acción directa contra el proveedor, que emana de su calidad de contraparte contractual; DE LA CUESTA RUTE, ob. cit. (Reflexiones...), p. 543-546 y 606-607, quien rechaza la tesis de dos contratos comunicados, por la vía de considerar la operación como una *fiducia cum creditore*, agregando que “es muy endeble, a mi juicio, apoyar la negativa en la relación triangular, sobre todo cuando a la financiera no incumbe otra obligación que la de pagar el precio de la compraventa”, sin perjuicio de lo cual emite con posterioridad varios juicios que contradicen abiertamente la concepción unitaria, como que no se puede llegar a comprometer la esencial separación entre los contratos de compraventa y de leasing (p. 556), que el usuario tiene contra el proveedor una acción de responsabilidad extracontractual (y no contractual, como cabe estimar en el marco de la tesis

unitaria) en caso de resolución (p. 574), que el usuario carece de legitimación directa contra el proveedor para demandar la resolución de la relación de compraventa (p. 572-573 y 577), y que el usuario no adquiere los derechos y acciones accesorios dentro de la obligación de entrega en la compraventa (p. 577); DE PRADA GONZÁLEZ, ob. cit., p. 649, para quien el contrato de leasing difícilmente puede construirse como una pluralidad de contratos diversos, incluso funcionalmente unidos entre sí, ya que el tipo contractual es más bien un negocio complejo con causa única de carácter financiero, aunque luego señala que la empresa de leasing celebra un auténtico contrato de compraventa con el proveedor y un real arrendamiento con el usuario, a partir de lo cual hace el análisis de los efectos del leasing financiero, coincidiendo en general sus soluciones con las de la tesis bipartita al señalar, por ejemplo, que mientras no se produzca una intervención legislativa, el usuario sólo resulta legitimado contra el proveedor en virtud de la cláusula de subrogación, y que si la subrogación no es completa debe responder la empresa de leasing frente al usuario (p. 660); MANZANO SOLANO, ob. cit., p. 1.814, para quien el leasing responde a una *unidad causal sustancial*, aunque la reflexión del autor no parece dirigirse a la consideración de la operación como un solo contrato que involucra a las tres partes, sino a estimar que si bien el contrato de leasing *propiamente dicho* es complejo (por involucrar causas de varias figuras típicas), tiene una sola causa que es propia y que va más allá de las causas parciales (causa arrendamiento, causa mandato, causa fiducia, etc.), sin perjuicio de lo cual más adelante el autor agrega que el contrato reclama unidad documental, “lo cual no significa necesariamente documento único, pero sí interconexión de la compra previa y el contrato de leasing propiamente dicho”; MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, ob. cit., p. 222, Nota N° 8, quien destaca que la complejidad del leasing financiero radica en su estructura triangular que genera una “conexión entre sujetos en principio independientes, no ligados directamente por ningún vínculo contractual”, entablándose una “relación directa entre dos sujetos independientes”, aunque del texto del trabajo se desprende que el autor entiende que tal relación directa se da como efecto de las cláusulas de exoneración y subrogación, y no de la existencia de un solo contrato entre las tres partes; REAL PÉREZ, ob. cit. (*El leasing...*), p. 237 y 245-247, para quien el leasing financiero es una operación única, integrada por diversas relaciones jurídicas entre las tres partes que no se yuxtaponen unas a otras (con lo que descarta la noción de contrato mixto) ni tienen su razón de ser las unas sin las otras y que, por ello, no pueden ser entendidas correctamente, y menos aún reguladas jurídicamente, aislándolas de las demás, relaciones que en muchos casos se producen “por parejas” (como la obligación de pagar las cuotas, que sólo obliga al usuario frente a la empresa de leasing), pero que otras veces involucran a las tres partes (como cuando el proveedor incumple sus obligaciones de vendedor); REAL PÉREZ, ob. cit. (“*Leasing*...”), p. 508-511, donde expresa que el usuario no es un tercero en el contrato de compraventa, sino que, por el contrario, actúa como comprador antes y después de su celebración, conformándose una relación jurídica que liga a usuario, proveedor y empresa de leasing, que se perfecciona cuando las tres partes prestan su consentimiento, sin perjuicio de todo lo cual estima que la relación jurídica entre usuario y proveedor se configura a partir de la cláusula de subrogación; REAL PÉREZ, ob. cit. (*El incumplimiento...*), p. 405-406, donde señala que el leasing es una operación de financiación que vincula a tres partes que ocupan posiciones jurídicas netamente diferenciadas, satisfaciendo el interés de todas ellas. Esta tesis pareciera ser adoptada también por VARA DE PAZ, ob. cit., p. 193-194 y 198, al señalar que el leasing financiero tiene estructura tripartita y que su carácter atípico deriva de su causa o función económico social que funde distintas causas en una causa única, agregando que antes del leasing financiero para obtener la misma finalidad se recurría a tres operaciones jurídicas, un contrato de crédito, un contrato de garantía y un contrato de compraventa que permitía obtener el bien, de lo que se deduce que el autor parece entender incorporado al proveedor en la estructura del contrato, aunque fundamenta la relación jurídica entre usuario y proveedor en la cláusula de subrogación, y no en una relación jurídica propia. En un sentido ecléctico se pronuncian GONZÁLEZ CASTILLA (ob. cit. (*Leasing financiero mobiliario...*), p. 65-67, quien adhiere a la tesis de la bilateralidad con existencia de contratos conexos, aunque reconoce la existencia de una “unidad jurídica que obedece a una unidad de intereses y de función”, concluyendo que las consecuencias derivadas de la conexión contractual son semejantes a las que reconocen los

más decisión por un sector de la doctrina italiana.⁸⁹¹ En cuanto a la jurisprudencia, los Tribunales españoles se han inclinado por la unidad de la operación en algunas ocasiones,⁸⁹² mientras que en otras oportunidades parecieran hacerlo al describir el leasing

partidarios de la tesis de la trilateralidad; RODRÍGUEZ-ROVIRA, ob. cit., p. 1.178-1.179, quien también adhiere la dicha tesis, aunque destaca que en la operación se configuran tres relaciones jurídicas (incluyendo la existencia de una relación jurídica entre el usuario y el proveedor) y que es necesario analizar las tres relaciones para entender la operación.

⁸⁹¹ CHINDEMI, ob. cit. (*Invalidità...*), p. 325ss; CHINDEMI, ob. cit. (*Trilateralità...*), p. 182ss; CHINDEMI, ob. cit. (*Nota...*), p. 733; CORBO, ob. cit., p. 196; GORGONI, ob. cit. (*Sulla qualificazione...*), p. 477-483; GORGONI, ob. cit. (*Ancora...*), p. 1.367-1.369; GORGONI, ob. cit. (*Credito...*), p. 1.148-1.160; IMBRENDA, ob. cit. (*Il leasing...*), p. 101; IMBRENDA, ob. cit. (*Leasing...*), p. 45ss; PACINI, ob. cit., p. 260; PURCARO, ob. cit. (*Struttura...*), p. 355; PURCARO, ob. cit. (*La locazione...*), *passim*; PURCARO, ob. cit. (*I problemi...*), p. 543ss; SCHERMI, ob. cit., p. 729-730.

⁸⁹² STS de 4 de diciembre de 1997 (RJ 1997/8728), donde se expresa que “debido a la complejidad jurídica que caracteriza al contrato de arrendamiento financiero, ello origina no sólo vínculos obligacionales directos entre sus respectivos suscriptores, arrendador y arrendatario, sino también entre éstos y la persona o entidad que, en concepto de vendedor, suministre el material sobre el que recae la operación de «leasing», puesto que el arrendador actúa como comprador de dicho material y es el arrendatario quien lo elige, precisamente, del vendedor, relación ésta que, dentro de la mecánica compleja del «leasing», es la que aparece como inicial”; STS de 25 de junio de 1997 (RJ 1997/5210), que habla de “relación jurídica trilateral”, y afirma que el importador que vendió el bien al proveedor es ajeno a “la relación jurídica de leasing”; STS de 30 de abril de 1991 (RJ 1991/3115), en cuyo caso se celebró entre proveedor y usuario un contrato que el Tribunal calificó como compraventa, en virtud del que el usuario pagó un anticipo del precio, pactándose que el resto se pagaría “mediante leasing”, que nunca llegó a concretarse, situación frente a la que el Tribunal calificó el leasing financiero como una forma en que el comprador (usuario) puede financiar el pago del precio de la compraventa mediante la intervención de una empresa financiera, agregando que “el contrato de leasing requiere la intervención de tres personas, una el que suministra el bien a que afecta, otra el que haciéndose cargo del mismo dispone de él a favor de un tercero, a quien financia a efectos del pago al suministrador del dicho bien, mediante una modalidad arrendaticia de tal índole con facultad de derecho de opción o continuidad del vínculo arrendaticio financiero del que lo adquiere en tal modalidad arrendaticia y éste que en realidad queda desplazado del abono del precio al precitado suministrador del bien, por haberse hecho cargo de tal precio la entidad financiera, para repercutirlo en el arrendatario financiado mediante el tan citado vínculo arrendaticio creado”, lo que parece dar a entender que el usuario es el verdadero comprador del bien, y si la empresa de leasing compra formalmente, lo hace para efectos de financiar el precio que el usuario debe pagar al proveedor. Esta doctrina ha sido también seguida por algunas Audiencias Provinciales. Ver al efecto SAP de Cáceres de 14 de diciembre de 1998 (AC 1998/8480); SAP de Guadalajara de 27 de noviembre de 1996 (AC 1996/2132) que considera que existe un solo contrato trilateral con causa única; SAP de Toledo de 9 de enero de 1996 (AC 1996/136), que repite la fórmula transcrita de la STS de 30 de abril de 1991, agregando que en caso de mal funcionamiento del bien las “*vicisitudes pueden vincular a quien la vende (la máquina) y a quien la usa –que deviene propietario cumplido el contrato-, pero no a quien financia*” (la aclaración entre paréntesis es mía); SAP de Asturias de 18 de enero de 1994 (AC 1994/193), según la que se trata de un “*negocio único, atípico y complejo, del que se derivan distintas obligaciones para cada una de las partes que están entrelazadas entre sí, de manera que no pueden contemplarse aisladamente, con independencia de que los derechos y obligaciones de las partes se produzcan por parejas, es decir entre proveedor-usuario, concedente-usuario y proveedor-concedente, afectando a dos de los tres intervinientes*”. Pareciera seguirse también la concepción unitaria en la STS de 7 de febrero de 1995 (RJ 1995/1226), donde se señala que aquella configura “*una estructura jurídica de elementos que se relacionan por la concurrencia de tres partes*”, agregando luego que la

financiero en general, debiendo, sin embargo, descartarse esta conclusión en base al análisis de caso concreto y los resultados a que llegan.⁸⁹³ Por su parte, la Corte de Casación italiana ha seguido también esta tesis en determinadas ocasiones.⁸⁹⁴

En este Capítulo se expondrán los argumentos tendientes a concluir que es posible reconocer en el leasing financiero una estructura unitaria construida sobre la base de una causa única de carácter financiero, que conforma un triángulo de relaciones jurídicas. Además se demostrará que esta forma de estructurar la operación responde mejor a la realidad económico-jurídica y a los efectos buscados por las partes,⁸⁹⁵ ya que reconoce derechamente (y no de forma solapada y contradictoria, como la concepción bipartita) una relación jurídica entre usuario y proveedor en virtud de la que ambos se comportan respectivamente como comprador y vendedor (teniendo la empresa de leasing un rol eminentemente financiero), con lo que se logra legitimar ampliamente al primero contra el segundo en calidad de contraparte a fin de que ejercite todos los remedios necesarios en caso de incumplimiento del proveedor. Con ello el usuario resulta liberado de la camisa de

“sociedad intermediaria de leasing” tiene por función facilitar el bien al usuario, al financiar con lucro la operación, y que cuando el usuario ejercita la opción de compra el vendedor del usuario es el proveedor, en calidad de *“vendedor impuesto”*. Estiman que esta sentencia adhiere a la tesis unitaria AGUILAR RUIZ, ob. cit., p. 175 y BUITRAGO RUBIRA, ob. cit. (*El leasing mobiliario...*), p. 61-62, quien critica este extremo del fallo.

⁸⁹³ Así, por ejemplo, en la STS de 3 de febrero de 2000 (RJ 2000/621) se dice en el Fundamento de Derecho Primero que *“en el contrato de arrendamiento financiero con opción de compra o “leasing” concurren tres partes...”*, sin embargo luego confirma la resolución del contrato de leasing propiamente dicho por haber incumplido la empresa de leasing la obligación de entrega que le correspondería como arrendador, lo que implica sacar de escena al proveedor (la sentencia de la Audiencia Provincial, confirmada, había declarado de oficio la falta de legitimación pasiva del proveedor) y concebir la operación como dos contratos, uno de los cuales es un arrendamiento; SAP de Girona de 11 de julio de 2000 (JUR 2000/295221), que señala expresamente la estructura trilateral repitiendo la fórmula de la existencia de *“vínculos obligacionales”* entre los tres intervinientes, pero a continuación acoge la tesis de la *“legitimación por sustitución”* del usuario, lo que implica desconocer una legitimación propia del usuario contra el proveedor, y acoger la tesis de legitimación por obra de la empresa de leasing en base al art. 1209 CC español.

⁸⁹⁴ SCCI de 12 de marzo de 2004 (5125), aunque también recurre a la conexión contractual y al mandato sin representación para justificar la acción directa del usuario contra el proveedor; SCCI de 26 de enero de 2000 (854); SCCI de 16 de mayo de 1997 (4367); SCCI de 11 de julio de 1995 (7595), aunque de modo poco claro, ya que habla también de conexión contractual; SCCI de 30 de mayo de 1995 (6076); SCCI de 17 de mayo de 1991 (5571), aunque de un modo algo dubitativo, al recoger también elementos de la tesis bipartita.

⁸⁹⁵ Tal demostración se hará con carácter general en este Capítulo, mientras que en el Capítulo IV se concretará en cada uno de los remedios del usuario por incumplimiento del proveedor.

fuerza que en la concepción bipartita resulta ser el principio de efecto relativo del contrato, consecuencia natural de concebir la existencia de dos contratos distintos, y que impide cumplir los efectos propios de la operación. Finalmente, sobre la base de dicha estructura unitaria se propone una reconfiguración de las obligaciones de las tres partes.

26.- EXPLICACIÓN DE LA OPERACIÓN DESDE LA ÓPTICA UNITARIA.

El autor que con mayor detalle ha explicado el leasing financiero desde el punto de vista unitario ha sido el italiano Dario Purcaro,⁸⁹⁶ cuya posición será expuesta de forma muy concisa ya que coincide con gran parte de sus apreciaciones, según se podrá corroborar a lo largo de este Capítulo.

Para dicho autor la empresa de leasing adquiere el bien en interés del usuario (para satisfacer la necesidad de uso del mismo), conservando la propiedad como garantía de restitución de la suma pagada a título de precio al proveedor,⁸⁹⁷ pero concediendo al usuario la facultad de adquirirlo al término de la relación contractual. Según su tesis, el contrato de leasing es de formación sucesiva, ya que existe en primer lugar un acuerdo entre usuario y proveedor en el que este último se obliga a enajenar el bien al intermediario financiero que elija el usuario, pactándose en el mismo acto los elementos esenciales de la enajenación. Dicho acuerdo queda sujeto a la condición suspensiva de que la empresa de leasing adhiera a él, aceptando las condiciones previamente fijadas por las

⁸⁹⁶ El resumen de la explicación de Purcaro que se expone a continuación ha sido tomado fundamentalmente de PURCARO, ob. cit. (*La locazione...*), *passim*; PURCARO, ob. cit. (*I problemi...*), *passim*; PURCARO, ob. cit. (*Struttura...*), *passim*. Las explicaciones de Purcaro son compartidas por CHINDEMI, ob. cit. (*Invaldità...*), p. 325-327; CHINDEMI, ob. cit. (*Trilateralità...*), p. 184-188; GORGONI, ob. cit. (*Sulla qualificazione...*), p. 480-481; GORGONI, ob. cit. (*Credito...*), p. 1.158-1.160.

⁸⁹⁷ PURCARO, ob. cit. (*La locazione...*), p. 56, 70, 73 y 179 aclara que la empresa de leasing no adquiere el bien *por cuenta* del usuario, sino *en su interés*, y como garantía de restitución de la financiación erogada, por lo que se trata de una adquisición para sí, y no para el usuario. Como consecuencia de ello, este último no puede reivindicar la propiedad, sino sólo, en su caso, exigir al proveedor la entrega, pudiendo la empresa de leasing reivindicar el bien de manos del usuario en caso de resolución del contrato. No obstante lo anterior, estima que el usuario es adquirente sustancial, y que tiene la "propiedad económica" del bien. Cabe aclarar, eso sí, que la Corte de Casación italiana ha declarado en varias sentencias que la empresa de leasing adquiere el bien *por cuenta* del usuario, sin aclarar explícitamente el alcance de esta afirmación. Ver al efecto SCCI de 12 de marzo de 2004 (5125); SCCI de 26 de enero de 2000 (854); SCCI de 16 de mayo de 1997 (4367); SCCI de 11 de julio de 1995 (7595); SCCI de 30 de mayo de 1995 (6076); SCCI de 17 de mayo de 1991 (5571); SCCI de 6 de mayo de 1986 (3023).

otras dos partes, adhesión que completará la operación⁸⁹⁸ y que documentalmente se contiene en la orden de compra que la empresa de leasing dirige al proveedor, así como en el contrato de leasing que dicha empresa suscribe con el usuario.⁸⁹⁹ Con la adhesión de la empresa de leasing se perfecciona el contrato trilateral y se producen los siguientes efectos: A) Nace la obligación para la empresa de leasing de adquirir el bien y pagar el precio;⁹⁰⁰ B) Adquiere eficacia la obligación del proveedor de enajenar el bien a la empresa de leasing en las condiciones pactadas con el usuario, y de entregar el bien a este último; C) Nace la obligación de la empresa de leasing de conceder el uso del bien al usuario;⁹⁰¹ D) Nace la obligación del usuario de pagar las cuotas a la empresa de leasing.⁹⁰² De esta forma, lo que se conoce como contrato de leasing financiero propiamente dicho sería en realidad el documento final que predispone la empresa de leasing para dejar constancia formalmente del cumplimiento de las condiciones anteriormente pactadas entre usuario y proveedor, así como de la adhesión de la empresa de leasing a tales condiciones.⁹⁰³ En este sentido el autor aclara que la formalización de la operación a través de actos separados (contrato de compraventa y contrato de leasing) se debe al deseo de la empresa de leasing de cautelar su posición de intermediario financiero y la exoneración de responsabilidad frente al usuario por los incumplimientos del proveedor, pero esta forma documental no implica

⁸⁹⁸ De acuerdo al autor, cuando la empresa de leasing adhiere al acuerdo entre usuario y proveedor no tiene la facultad de modificar lo pactado entre ellos, aunque sí puede integrar dicho pacto mediante la introducción de cláusulas adicionales referidas a la financiación y la protección de su posición, asegurando el reembolso de la suma financiada. Si quisiera modificar los términos esenciales pactados entre usuario y proveedor debería contar con el consentimiento de las otras dos partes. Ver PURCARO, ob. cit. (*La locazione...*), p. 11, 65-66, 68, 168.

⁸⁹⁹ PURCARO, ob. cit. (*I problemi...*), p. 552-553.

⁹⁰⁰ PURCARO, ob. cit. (*I problemi...*), p. 551-552 aclara que la adquisición del bien por parte de la empresa de leasing no constituye un contrato autónomo y distinto del acuerdo preliminarmente alcanzado entre usuario y proveedor, sino el cumplimiento de una de las obligaciones asumidas por la empresa de leasing frente a las dos restantes partes como producto de su aceptación.

⁹⁰¹ Esta obligación es mencionada por PURCARO, ob. cit. (*I problemi...*), p. 550.

⁹⁰² PURCARO, ob. cit. (*La locazione...*), p. 149 señala que una de las condiciones que impone la empresa de leasing para adherir al acuerdo inicial entre usuario y proveedor es que el primero no pueda oponer a la empresa de leasing excepciones que deriven del incumplimiento de las obligaciones que corresponden al proveedor, lo que se corresponde con la cláusula de irrevocabilidad e independencia.

⁹⁰³ PURCARO, ob. cit. (*La locazione...*), p. 66.

ausencia de unidad estructural, ya que tales actos están coordinados y convergen hacia un fin único.⁹⁰⁴

El contrato así formado tendría las características de trilateral,⁹⁰⁵ atípico⁹⁰⁶ y bímembre, ya que la empresa de leasing escinde la prestación que le corresponde entre el proveedor (a quien paga el precio) y el usuario (a quien concede el goce del bien), recibiendo como contraprestación el dominio (de parte del proveedor) y el reembolso del precio (por parte del usuario).⁹⁰⁷ De lo anterior se deriva que la financiación prestada por la empresa de leasing se da en dos sentidos: hacia el proveedor (que recibe el precio al contado) y hacia el usuario (a quien concede el goce inmediato del bien).⁹⁰⁸

27.- ANTECEDENTES A FAVOR DE LA UNIDAD CONTRACTUAL.

Existe una diversidad de argumentos que permiten avalar la concepción unitaria, varios de los cuales constituyen, a su vez, críticas a la concepción bipartita y sus resultados. Dichos argumentos y críticas se analizarán conjuntamente a continuación.

27. 1.- La autonomía de la voluntad permite la celebración de contratos plurilaterales no asociativos.

El primer y lógico fundamento de la estructura jurídica unitaria del leasing financiero radica en que la autonomía de la voluntad hace perfectamente posible que tres partes celebren un solo contrato escindiendo sus prestaciones a favor de las otras dos, formándose de este modo relaciones jurídicas interconectadas. Lo anterior guarda perfecta armonía con el art. 1.255 CC y no infringe ninguno de los límites consagrados en él.

⁹⁰⁴ PURCARO, ob. cit. (*La locazione...*), p. 24-30, 51, 66, 70, 145; PURCARO, ob. cit. (*I problemi...*), p. 557.

⁹⁰⁵ PURCARO, ob. cit. (*La locazione...*), p. 21-22 y 156 afirma que la unidad contractual se basa en relaciones bilaterales entrelazadas entre las partes y se manifiesta en que la garantía propia del vendedor se otorga a favor del usuario, y en que éste asume el riesgo de pérdida del bien. Aclara, asimismo, que la empresa de leasing no puede transferir al usuario la garantía por vicio de la cosa sin transferir al mismo tiempo el derecho garantizado, ya que la primera es accesoria al segundo.

⁹⁰⁶ PURCARO, ob. cit. (*La locazione...*), p. 20, donde aclara que la atipicidad del contrato se justifica en que la operación en su conjunto tiene características distintas a los acuerdos que la componen.

⁹⁰⁷ PURCARO, ob. cit. (*La locazione...*), p. 23; PURCARO, ob. cit. (*I problemi...*), p. 557.

⁹⁰⁸ PURCARO, ob. cit. (*La locazione...*), p. 23-24, para quien la tesis bipartita no permite establecer en qué sentido se otorga el financiamiento.

Si bien sobre esta base no hay problema para reconocer validez a los contratos trilaterales, plurilaterales o multilaterales, aunque no estén contemplados expresamente como categoría jurídica en el ordenamiento jurídico español, sí pareciera existir un (aparente) escollo en lo relativo a la concepción de contrato plurilateral admitida. En efecto, la doctrina española suele referir esta categoría a aquellos negocios en que la pluralidad de partes persigue un objetivo común,⁹⁰⁹ como sucede en la constitución de una sociedad (razón por la que a este tipo de contratos suelen ser denominados “contratos de tipo asociativo”), siguiendo en este punto las directrices del ordenamiento italiano, que contempla expresamente esta configuración del contrato plurilateral en los arts. 1.420, 1.446, 1.459 y 1.466 CC.⁹¹⁰ Esta noción no sería aplicable al leasing financiero, donde las tres partes no persiguen una finalidad de tipo asociativa, sino que tienen intereses contrapuestos, argumento que ha sido utilizado tanto en Italia como en España para refutar la concepción unitaria del leasing financiero.⁹¹¹

Contra lo anterior los partidarios de la concepción unitaria en Italia responden que el art. 1420 CC sólo menciona una especie de contratos plurilaterales (los de tipo asociativo), pero que nada impide la existencia de otros contratos plurilaterales, distintos de los asociativos, en base al art. 1321 CC italiano (que define el contrato en general como el “*acuerdo entre dos o más partes...*”), por lo que desde el punto de vista dogmático no existe obstáculo para calificar el leasing financiero como contrato plurilateral.⁹¹² En España

⁹⁰⁹ Ver, por ejemplo, DIEZ-PICAZO, ob. cit. (Tomo I), p. 168; DIEZ-PICAZO y GULLÓN, ob. cit., p. 25; LACRUZ BERDEJO, ob. cit., p. 482.

⁹¹⁰ El art. 1.420 CC italiano dispone que “*en aquellos contratos con más de dos partes, en los que las prestaciones de cada una de ellas están dirigidas a la consecución de un objetivo común...*” (traducción propia), concepto al que se remiten los arts. 1.446, 1.459 y 1.466 para regular, respectivamente, la anulabilidad, la resolución y la imposibilidad de cumplimiento en esta categoría de contratos.

⁹¹¹ En Italia argumenta de esta forma DE NOVA, ob. cit. (*Il contratto...*), p. 34, así como la Corte de Casación en las SCCI de 13 de diciembre de 1989 (5569, 5570, 5571 y 5572). En España sigue este argumento DÍAZ MUYOR, ob. cit., p. 404, Nota N° 33.

⁹¹² En este sentido, CHINDEMI, ob. cit. (*Invalidità...*), p. 325; CHINDEMI, ob. cit. (*Trilateralità...*), p. 184-185; CORBO, ob. cit., p. 60 Nota N° 153 y p. 195-198, quien agrega como argumento que la plurilateralidad dice relación con la estructura del contrato, mientras que el fin asociativo dice relación con la causa del contrato, de manera que, no pudiendo identificarse estructura con causa, debe concluirse que pueden existir contratos asociativos no plurilaterales y contratos plurilaterales no asociativos, concibiendo estos últimos como aquellos en los que el interés de cada una de las partes sólo puede satisfacerse con la participación de las demás, noción en la que cabe considerar al leasing financiero; GORGONI, ob. cit. (*Sulla qualificazione...*), p. 475, 480 y 482, quien extrae como consecuencia que al supuesto por incumplimiento del proveedor no se le pueden aplicar las normas

podría argumentarse de la misma forma en base al art. 1.254 CC (que parte diciendo que “*el contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse...*”), considerando además que el tribunal Supremo ha reconocido la calidad de trilateral o plurilateral a negocios en que las partes no necesariamente buscan una finalidad común, sino que tienen intereses contrapuestos, como sucede en la cesión de contrato,⁹¹³ la partición convencional⁹¹⁴ o la transacción cuando hay más de dos partes.⁹¹⁵

Por otra parte, los partidarios italianos de la concepción unitaria del leasing financiero agregan que el principio de autonomía de la voluntad también permite que un contrato que nace como bilateral llegue a ser trilateral por la participación de una tercera parte cuya intervención es prevista como esencial por los dos contratantes originales.⁹¹⁶ Sin ir más lejos, ello es lo que sucede en la cesión de contrato, que, como se vio, ha sido calificada como trilateral por el Tribunal Supremo.⁹¹⁷

27. 2.- La pluralidad documental no implica necesariamente pluralidad contractual.

El concebir la operación de leasing financiero como unitaria no implica entender que las tres partes suscriben un documento denominado “contrato de leasing”, aunque de

de los contratos plurilaterales con objetivo común, como el art. 1459 CC italiano relativo a la resolución de los contratos plurilaterales asociativos (en contra, adhiriendo a la tesis unitaria y aplicando el art. 1459 a la resolución, SCCI de 26 de enero de 2000 (854)); GORGONI, ob. cit. (*Ancora...*), p. 1.368; GORGONI, ob. cit. (*Credito...*), p. 1.155-1.158; PURCARO, ob. cit. (*La locazione...*), p. 10; PURCARO, ob. cit. (*Struttura...*), p. 354, que menciona entre los negocios plurilaterales no asociativos a la cesión de contrato (art. 1406 CC italiano), la delegación (art. 1268 CC italiano) y el secuestro convencional. En España ha seguido esta línea REAL PÉREZ, ob. cit. (*“Leasing”...*), p. 510.

⁹¹³ STS de 22 de mayo de 2014 (RJ 2014/2949); STS de 21 de junio de 2013 (RJ 2013/4980); STS de 14 de junio de 2011 (RJ 2011/4529); STS de 3 de noviembre de 2008 (RJ 2008/5886); STS de 9 de julio de 2003 (RJ 2003/4619); STS de 23 de octubre de 1984 (RJ 1984/4972).

⁹¹⁴ STS de 19 de febrero de 2014 (RJ 2014/2505); STS de 20 de enero de 2012 (RJ 2012/1899); STS de 14 de mayo de 2003 (RJ 2003/5210); STS de 13 de marzo de 2003 (RJ 2003/2582).

⁹¹⁵ STS de 15 de junio de 1998 (RJ 1998/4692).

⁹¹⁶ PURCARO, ob. cit. (*La locazione...*), p. 9-11 y 30; PURCARO, ob. cit. (*I problemi...*), p. 548-549, según quien en Italia se ha introducido la práctica de celebrar un contrato entre usuario y proveedor denominado “contrato de compraventa condicionado para la sociedad de leasing X a determinar”. En similar sentido, SCHERMI, ob. cit., p. 729 analiza el punto desde la óptica de la formación del contrato en base al art. 1326 CC italiano, concluyendo que no se puede descartar un proceso de formación distinto al señalado en la ley.

⁹¹⁷ Hace este símil en el ordenamiento italiano PURCARO, ob. cit. (*La locazione...*), p. 9-11.

seguro los adherentes a la concepción bipartita estarían de acuerdo en considerar la operación como unitaria en caso de que ésta se formalizase en un solo documento,⁹¹⁸ solución que ha sido propuesta por algunos autores para salvar los problemas a que da lugar la fragmentación contractual.⁹¹⁹

El concebir la operación de leasing financiero como unitaria tampoco implica desconocer que en la práctica se celebra entre proveedor y empresa de leasing un acto jurídico denominado contrato de compraventa (que bien puede tratarse de un documento con este título, o bien de una orden de compra seguida de una factura, o bien de una factura solamente) y que separadamente se suscribe entre empresa de leasing y usuario un documento denominado contrato de leasing.⁹²⁰

Lo que sí se puede criticar desde la óptica unitaria de la operación es que se dé por supuesta la dualidad contractual por el solo hecho de que formalmente aparezcan tres contratantes suscribiendo dos actos documentalmente distintos,⁹²¹ más aún si hay acuerdo en entender que el factor documental es meramente indiciario a la hora de determinar la

⁹¹⁸ Así parece entenderlo SÁNCHEZ-PARODI PASCUA, ob. cit., p. 172, Nota N° 17.

⁹¹⁹ BELTRÁN ALANDETE, ob. cit., p. 665 y 671; CHULIA VICENT y BELTRÁN ALANDETE, ob. cit., p. 54; GARCÍA GARNICA, ob. cit. (*El régimen jurídico...*), p. 94, quien afirma que ésta es una práctica habitual en el leasing financiero inmobiliario; GARCÍA SOLÉ, ob. cit. (*Leasing. Acción directa...*), p. 540; GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*En torno...*), p. 1.786; GUTIÉRREZ GILSANZ, ob. cit., p. 188; PASQUAU LIAÑO, ob. cit., p. 143. De acuerdo a GARCÍA SOLÉ, ob. cit. (*Leasing. Acción directa...*), p. 540, ello sucedería en el denominado “*vendedor-leasing*”, que se configura formalmente como un contrato tripartito en el que proveedor, empresa de leasing y usuario pactan las responsabilidades que caben a cada uno, así como las acciones que cada uno tiene respecto de los otros en caso de incumplimiento. Por su parte, PURCARO, ob. cit. (*I problemi...*), p. 546 relata que como práctica en Italia la orden de compra emitida por la empresa de leasing al proveedor va suscrita por el usuario, dejando constancia de que las condiciones de adquisición son las pactadas entre usuario y proveedor, documento que posteriormente es aceptado por el proveedor, con lo que se obtiene el consentimiento de las tres partes para la operación, pactándose asimismo que la modificación del documento requiere el concurso de todas las partes.

⁹²⁰ A estos documentos pueden sumarse otros, como la solicitud de leasing que suele elevar el usuario a la empresa de leasing, la que contiene los elementos esenciales de la operación, como la singularización del bien, la individualización del proveedor y el precio del bien, así como los antecedentes financieros del usuario, que serán objeto de evaluación por parte de la empresa de leasing. Ver al efecto GARCÍA GARNICA, ob. cit. (*El régimen jurídico...*), p. 93.

⁹²¹ Como se observó *supra* N° 14.1.3, en el marco de la concepción bipartita la fragmentación contractual suele darse por supuesta, lo que parece haber hecho entender que resulta innecesario algún criterio que permita explicar dogmáticamente la separación de ambos contratos.

existencia de uno o más contratos y, en consecuencia, es perfectamente posible que un solo contrato conste en más de un documento.⁹²²

Visto el asunto desde el punto de vista contrario, no se puede descartar la unidad contractual por el solo hecho de que se suscriban dos o más documentos, ya que el aspecto documental no puede prevalecer sobre el aspecto sustancial, que involucra los intereses de las tres partes.⁹²³ En otras palabras, el factor documental no tiene relevancia en la calificación,⁹²⁴ ya que cuando hay pluralidad de documentos deben ser todos analizados e interpretados en forma conjunta.⁹²⁵ Este es el camino interpretativo que estimo debe seguirse en el caso que tratamos. Así, por ejemplo, la afirmación de que el proveedor escinde sus obligaciones de vendedor a favor de las otras dos partes⁹²⁶ no consta expresamente en ninguno de los documentos que dan soporte a la operación, pero puede derivarse del análisis conjunto de todos ellos, ya que en el contrato de compraventa el proveedor se obliga a transferir el dominio del bien a la empresa de leasing,⁹²⁷ y en el mismo contrato se pacta que el proveedor deberá entregar el bien directamente al usuario, y cumplir a su respecto la garantía comercial y legal,⁹²⁸ lo que resulta corroborado por las

⁹²² Ver *supra* Nota N° 300.

⁹²³ CHINDEMI, ob. cit. (*Invalidità...*), p. 326; CHINDEMI, ob. cit. (*Trilateralità...*), p. 187; GORGONI, ob. cit. (*Sulla qualificazione...*), p. 481; IMBRENDA, ob. cit. (*Il leasing...*), p. 76-77; IMBRENDA, ob. cit. (*Leasing...*), p. 73; PURCARO, ob. cit. (*La locazione...*), p. 8-9; PURCARO, ob. cit. (*I problemi...*), p. 553.

⁹²⁴ BELTRÁN ALANDETE, ob. cit., p. 665; PURCARO, ob. cit. (*Struttura...*), p. 355; PURCARO, ob. cit. (*La locazione...*), p. 3-4; UNIDROIT, ob. cit. (*Draft convention...*), p. 38.

⁹²⁵ Ver EARMAN OIL CO. v. BURROUGHS CORP., United States Court of Appeals for the Fifth Circuit, 19 de septiembre de 1980; ATLAS INDUSTRIES INC. v. NATIONAL CASH REGISTER CO., Supreme Court of Kansas, 25 de enero de 1975, donde la Corte agrega que este principio es aplicable aun cuando uno de los documentos que conforman la operación (el contrato de leasing) no haya sido suscrito por una de las partes (el proveedor).

⁹²⁶ Ver al efecto *infra* N° 27.5.2, 28.1.1 y 28.1.2.

⁹²⁷ En el leasing mobiliario ello puede constar de forma expresa (si se suscribió un contrato de compraventa) o de forma implícita, si el contrato de compraventa sólo consta en la respectiva factura, ya que en este caso el contrato es consensual. En el caso del leasing inmobiliario, en cambio, la obligación de transferir el dominio constará en la respectiva escritura pública de compraventa.

⁹²⁸ Vale en este caso lo señalado en la nota anterior. En relación con el leasing mobiliario en que no se documente el contrato de compraventa, el destinatario de la entrega podrá constar en la factura, sea ésta proforma o definitiva, de lo que puede derivarse el consentimiento de las partes en cuanto a que la obligación de entrega será cumplida por el proveedor a favor del usuario. Respecto de las demás obligaciones del proveedor a favor del usuario, PURCARO, ob. cit. (*La locazione...*), p. 148

cláusulas de exoneración/subrogación que constan en el contrato de leasing propiamente dicho, en cuya virtud la empresa de leasing se descarga de las mismas obligaciones recién mencionadas y legitima al usuario para exigir las directamente al proveedor.

De esta manera, si se interpretan de forma conjunta e integradora ésta y las demás obligaciones asumidas por las partes en la operación, se llega a la conclusión de que existe una serie de prestaciones entrecruzadas que conforman una unidad jurídica dada por la existencia de una sola causa.

En base a lo anterior puede decirse que la concepción unitaria viene a constituir una reformulación de la operación de leasing financiero desde una óptica más realista que la concepción bipartita,⁹²⁹ que resulta de la interpretación conjunta de todos los documentos que dan sustrato a la operación, y que no implica desconocer que ésta se formaliza en la práctica como si se tratase de dos contratos independientes.

27. 2. 1.- Referencia al momento de perfeccionamiento del contrato trilateral.

Como se ha mencionado, existe una pluralidad de documentos que conforman el sustrato de la operación unitaria de leasing financiero. Ello da cuenta de un proceso progresivo de formación del acto unitario, integrado por otros acuerdos que también tienen naturaleza contractual (señaladamente el acuerdo previo entre usuario y proveedor)⁹³⁰ pero que llegan a formar un solo cuerpo en el momento en que las tres

señala que el punto viene señalado en la orden de compra que la empresa de leasing dirige al proveedor. En todo caso, cabe destacar que el proveedor, desde que acepta que el pago del precio sea financiado mediante leasing, sabe que debe cumplir dichas obligaciones respecto del usuario. Prueba de ello son, por ejemplo, los casos en que las sentencias dan cuenta de reparaciones o sustituciones del bien satisfechas por el proveedor al usuario, según se expone *infra* N° 33 y 34. Asimismo, el proveedor sabe que la operación de leasing conlleva la total “exoneración” de la empresa de leasing y la legitimación convencional del usuario en su contra.

⁹²⁹ La concepción unitaria resulta más realista que la bipartita porque reconoce de manera directa el carácter contractual de todas las relaciones jurídicas interdependientes que se dan lugar en el leasing financiero, y no recurre a técnicas como las cláusulas de exoneración y subrogación que, bajo el propósito de intentar mantener dichas relaciones encajadas dentro de la estructura de dos contratos, terminan produciendo los problemas jurídicos y prácticos puestos de relieve en el Capítulo II.

⁹³⁰ Ver al efecto *infra* N° 27.4.1. Ver también IMBRENDA, ob. cit. (*Il leasing...*), p. 96-97; IMBRENDA, ob. cit. (*Leasing...*), p. 96; REAL PÉREZ, ob. cit. (*El leasing...*), p. 246, quien observa que en caso de no cumplirse lo pactado entre usuario y proveedor en el referido acuerdo previo, se producirán los efectos que resulten de la aplicación directa de las reglas generales sobre incumplimiento de las obligaciones, calificando como contractual la responsabilidad que en su caso se genere, lo que implica dar a este acuerdo el carácter de contrato.

partes han prestado su consentimiento,⁹³¹ es decir, cuando se formaliza el último de los actos jurídicos que lo conforman.

Dicho en otras palabras, en el iter contractual más frecuente, proveedor y usuario llegan a un acuerdo previo de naturaleza contractual en el que se pactan los aspectos esenciales de la operación (especificación del bien, su precio, condiciones de la entrega, etc.) y el usuario se compromete a conseguir el financiamiento de una empresa de leasing, una vez conseguido el cual, se suscriben los contratos de compraventa y de leasing. Pues bien, la relación contractual unitaria quedará conformada cuando se perfeccione el último de estos actos, ya que en ese momento habrá concurrido el consentimiento de las tres partes que da lugar al conjunto interdependiente de obligaciones que supone el leasing financiero y que deriva de la interpretación conjunta de todos los documentos suscritos.⁹³² Antes que ello suceda, cada acto particular conserva su autonomía y sus respectivas partes podrían ejercitar los remedios que la ley les otorga para el caso de no cumplirse lo pactado en ellos, ya que cada uno de dichos actos carece de sustento si no llegan a perfeccionarse los demás, es decir, si no llega a configurarse la relación contractual unitaria de leasing financiero.

⁹³¹ GORGONI, ob. cit. (*Sulla qualificazione...*), p. 480-481; PURCARO, ob. cit. (*La locazione...*), p. 9; PURCARO, ob. cit. (*I problemi...*), p. 553; REAL PÉREZ, ob. cit. (*El leasing...*), p. 245; REAL PÉREZ, ob. cit. (*"Leasing"...*), p. 510.

⁹³² En relación con el perfeccionamiento del contrato, y considerando la parquedad de las normas codificadas sobre la materia (básicamente el art. 1.262 CC y el art. 54 CdeC), creo que en el hipotético caso de producirse contradicciones entre los documentos que dejan constancia del proceso de formación progresiva del contrato, podrían recibir aplicación los criterios que el art. 19 CNUCCIM dispone para el problema que ha venido denominándose "batalla de formularios", debidamente adaptados a la realidad trilateral del contrato en estudio. Esta propuesta de regulación resulta sin duda aplicable al leasing financiero internacional, pero también al nacional, considerando que las normas de formación del consentimiento de la CNUCCIM (que forman parte del ordenamiento positivo español) han sido propuestas como modelo para integrar los vacíos de la normativa interna, con efecto general (no sólo en materia de compraventa). Ver al efecto DIEZ-PICAZO, ob. cit. (Tomo I), p. 328; PERALES VISCASILLAS, María Pilar, *La batalla de los formularios en la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías: una comparación con la sección 2-207 UCC y los principios de Unidroit*. En *La Ley*, 1996-6, p. 1.506.

27. 3.- La operación constituye una unidad económica y jurídica.

Una vez perfeccionado el contrato trilateral de la forma antes descrita, la interpretación conjunta de los documentos que le dan soporte permite constatar la existencia de una unidad, tanto en el aspecto económico como en el jurídico.

La forma de concebir la operación desde la óptica bipartita es muy distinta. Como se expuso en el Capítulo anterior, los partidarios de dicha concepción concuerdan en que la operación de leasing financiero es trilateral desde el punto de vista económico, ya que por medio de ella se satisface el interés de los tres intervinientes, generándose vínculos económicos directos entre ellos. Sin embargo, estiman que cuando la operación se “juridifica” pasa a ser bilateral, escindiéndose en dos contratos perfectamente delimitados, aunque conexos.⁹³³

Esta contraposición entre aspecto económico y jurídico me parece injustificada, ya que si el contrato es el instrumento a través del que se regulan los intereses económicos de las partes, no es acertado considerar que la operación que aúna tales intereses y genera vínculos entre ellos se divida en dos relaciones independientes cuando se analiza su estructura desde el punto de vista jurídico.⁹³⁴ Lo anterior ha sido advertido incluso por partidarios españoles de la concepción bipartita, como González Castilla, quien estima inadecuado separar de forma tajante la operación económica de la operación jurídica, ya que desde este último punto de vista existe también una unidad de interés y función que da lugar a una “unidad jurídica”.⁹³⁵

Desde el punto de vista jurídico la unidad puede desprenderse principalmente de las relaciones obligatorias entrecruzadas entre los intervinientes,⁹³⁶ que da lugar a una

⁹³³ Ver *supra* N° 11. Ver en especial la opinión de SÁNCHEZ-PARODI PASCUA, ob. cit., p. 172.

⁹³⁴ PURCARO, ob. cit. (*La locazione...*), p. 8-9 y 13; PURCARO, ob. cit. (*I problemi...*), p. 243-244; PURCARO, ob. cit. (*Struttura...*), p. 355.

⁹³⁵ GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*Leasing financiero mobiliario...*), p. 67.

⁹³⁶ CHINDEMI, ob. cit. (*Trilateralità...*), p. 186; CHULIA VICENT y BELTRÁN ALANDETE, ob. cit., p. 41; GORGONI, ob. cit. (*Sulla qualificazione...*), p. 481, quien habla de la existencia de relaciones jurídicas a pares (usuario proveedor, usuario empresa de leasing y proveedor empresa de leasing) que son interdependientes; GORGONI, ob. cit. (*Credito...*), p. 1.158-1.160; IMBRENDA, ob. cit. (*Il leasing...*), p. 77; IMBRENDA, ob. cit. (*Leasing...*), p. 74; PURCARO, ob. cit. (*Struttura...*), p. 355; PURCARO, ob. cit. (*I problemi...*), p. 554-556; REAL PÉREZ, ob. cit. (*El leasing...*), p. 245 y 247, que también concibe la existencia de pares o parejas de relaciones jurídicas, aunque hace la salvedad de que ciertas relaciones jurídicas involucran a las tres partes (y no sólo a dos de ellas), como el cumplimiento de las obligaciones que el proveedor asume como vendedor, cuyo incumplimiento

maraña de prestaciones interdependientes que no se condice con una estructura de dos contratos (compraventa y leasing) que sólo tienen prestaciones recíprocas al interior de cada una de ellas.⁹³⁷ Así, la empresa de leasing paga el precio del bien al proveedor, a cambio de lo cual recibe el dominio del bien, pero además recibe una prestación del usuario, consistente en el reembolso del precio pagado al proveedor. A su vez, el proveedor recibe una prestación consistente en el pago del precio, a cambio de lo cual debe cumplir obligaciones a favor de los otros dos contratantes, ya que por una parte transfiere el dominio del bien a la empresa de leasing, pero por otra parte cumple las demás obligaciones que le caben como vendedor (entrega y las obligaciones legales y contractuales de garantía) no a favor de quien se suponía su única contraparte, que le pagó el precio, sino a favor del usuario, a quien se suponía un tercero (parte exclusivamente del otro contrato, el de leasing). Por último, el usuario reembolsa a la empresa de leasing (en cuotas) el precio que ésta pagó al proveedor, a cambio de lo cual recibe prestaciones de las otras dos partes. Por un lado, el proveedor (a quien se suponía un tercero respecto del usuario) debe cumplir a su respecto las mencionadas obligaciones que le corresponden como vendedor, con lo que puede acceder al goce del bien. Por otro lado, la empresa de leasing le concede la facultad de convertirse el propietario del bien una vez que haya satisfecho la totalidad de la suma financiada por ella.⁹³⁸

Además de lo anterior, la relación unitaria entre las tres partes y los actos jurídicos que ellas ejecutan puede ser deducida de otros aspectos de la operación, que no resultan suficientemente explicados por la concepción bipartita. Entre dichos aspectos se puede mencionar que el usuario pacta con el proveedor las condiciones de enajenación del bien, las que terminarán por formar parte del contenido de un contrato (el de compraventa) en el que el usuario se suponía un tercero.⁹³⁹ Asimismo, habrá prestaciones de uno de los contratos que deben cumplirse a favor de quien no es parte de ese contrato, sino del

afecta tanto a la empresa de leasing como al usuario lo que implica que, si bien el usuario está legitimado para ejercitar frente al proveedor las acciones por incumplimiento, la empresa de leasing debe ser llamada al proceso; SCHERMI, ob. cit., p. 729-730; SCCI de 26 de enero de 2000 (854). Ver también, en similar sentido, STS de 25 de junio de 1997 (RJ 1997/5210); SAP de Asturias de 18 de enero de 1994 (AC 1994/193).

⁹³⁷ PURCARO, ob. cit. (*I problemi...*), p. 554-556.

⁹³⁸ SCCI de 12 de marzo de 2004 (5125); SCCI de 26 de enero de 2000 (854).

⁹³⁹ Respecto del pacto previo entre usuario y proveedor ver *infra* N° 27.4.1.

otro,⁹⁴⁰ como sucede con las obligaciones del proveedor emanadas del contrato de compraventa que debe cumplir a favor del usuario.⁹⁴¹ Por otra parte, el régimen de riesgos del bien en el leasing financiero implica que el usuario (que sólo se supone parte del contrato de leasing) asuma los riesgos que son propios de una de las partes del otro contrato (los riesgos que deberían corresponder a la empresa de leasing en virtud del contrato de compradora) en el que dicho usuario no es parte.⁹⁴² Por último, la unidad jurídica se manifiesta en que los efectos de uno de los contratos influyen sobre la producción de efectos del otro. Así, por regla general (salvo pacto en contrario), la entrega del bien por parte del proveedor al usuario conlleva la exigibilidad de la obligación de pago del precio por parte de la empresa de leasing (en la relación jurídica proveedor – empresa de leasing), pero también provoca el inicio de la obligación del usuario de pagar las cuotas (en la relación jurídica empresa de leasing – usuario),⁹⁴³ de lo que se desprende que el cumplimiento de la obligación del proveedor nacida del contrato de compraventa condiciona la exigibilidad de una obligación nacida de un contrato que se suponía distinto (el de leasing).

Constatada esta unidad económico-jurídica, se ha puesto de manifiesto que la estructuración de la operación en clave binercial obedece al intento de la sociedad de leasing de aislar los aspectos puramente financieros de los que dicen relación con el uso del bien, favoreciendo su posición jurídica,⁹⁴⁴ ya que de este modo aparecerá como adquirente efectiva e indiscutida del bien (mejorando de este modo la garantía frente al usuario para la recuperación del monto financiado), pero se sustrae de los riesgos que debería asumir como adquirente del bien, transmitiéndolos al usuario, que permanece formalmente ajeno al contrato de compraventa.⁹⁴⁵

⁹⁴⁰ PURCARO, ob. cit. (*I problemi...*), p. 556.

⁹⁴¹ El cumplimiento de las obligaciones del proveedor a favor del usuario será analizado *infra* N° 28.1.2 y 28.1.3.

⁹⁴² PURCARO, ob. cit. (*La locazione...*), p. 53 y 132; SCCI de 17 de mayo de 1991 (5571).

⁹⁴³ Ver *infra* N° 28.2.4.

⁹⁴⁴ IMBRENDA, ob. cit. (*Il leasing...*), p. 76 y 116; IMBRENDA, ob. cit. (*Leasing...*), p. 73 y 118, quien agrega que las cláusulas impuestas por la empresa de leasing que tienden a excluir la comunicabilidad de un contrato con el otro terminan por legitimar comportamientos oportunistas.

⁹⁴⁵ DE LA CUESTA RUTE, ob. cit. (*Reflexiones...*), p. 544, 548-549 y 555; PURCARO, ob. cit. (*La locazione...*), p. 76-77, 128-129. Esta situación es admitida incluso por los defensores de la concepción

Por último, cabe mencionar que en contra de la unidad jurídica del leasing financiero se ha argumentado que si el contrato fuese trilateral, el incumplimiento de cualquiera de las partes facultaría a las demás para pedir la resolución de la operación, lo que iría contra sus intereses ya que, por ejemplo, al proveedor no le convendría que se resolviera el contrato de compraventa por el hecho de que el usuario deje de pagar las cuotas a la empresa de leasing.⁹⁴⁶ Desde la concepción unitaria se replica, sin embargo, que en los contratos plurilaterales el incumplimiento de alguna de las partes no importa la resolución del contrato respecto de las demás, a menos que, de acuerdo a las circunstancias, la prestación incumplida sea esencial, razón por la que la resolución por impago de cuotas deja vigente la transferencia del bien que hace el proveedor, por no perjudicar los intereses de este último; pero la resolución por incumplimiento de las obligaciones que corresponden al proveedor como vendedor sí afecta al contrato en su conjunto, ya que conlleva la restitución del bien y, por tanto, se priva al usuario de su interés en el goce y eventual adquisición del dominio.⁹⁴⁷ Por otra parte, cabe destacar que

bipartita. Ver al efecto LÓPEZ FRÍAS, ob. cit. (*Los contratos conexos...*), p. 135, quien expone que la empresa de leasing pretenderá presentarse en el juicio de resolución de la compraventa como un simple prestamista garantizado, con la finalidad de disociar ambos contratos y evitar que se resolviera el contrato de leasing; ROJO AJURIA, ob. cit. (*La responsabilidad...*), p. 2.032. Con más detalle, DE LA CUESTA RUTE, ob. cit. (*Reflexiones...*), p. 544-545 y 556 critica lo contradictorio que significa intentar mantener la separación de los contratos para el fin ya mencionado, evitando que la operación sea tratada como compraventa (entre usuario y proveedor o entre usuario y empresa de leasing) y que el usuario adquiriera derechos directos frente al proveedor; pero luego, invocando el carácter financiero de la empresa de leasing, justificar la comunicación entre contrato de compraventa y contrato de leasing por medio de cláusulas como la exoneración/subrogación y la transferencia de riesgos al usuario. Asimismo, el autor critica la fragmentación contractual porque implica la aplicación de remedios independientes para cada uno de los contratos permitiendo, por ejemplo, que se anule o resolviera uno de ellos y quede el otro vigente, lo que puede no satisfacer el interés de las partes.

⁹⁴⁶ GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*Leasing financiero mobiliario...*), p. 62.

⁹⁴⁷ PURCARO, ob. cit. (*La locazione...*), p. 33-37, fundando su opinión en los arts. 1459 CC italiano, que regula la resolución en los contratos plurilaterales. El autor aclara, en todo caso, que nada impide que en el contrato de compraventa se atribuya carácter esencial al pago de las cuotas por parte del usuario, previendo la resolución del contrato en su totalidad para el evento de incumplimiento del usuario, formalizando de este modo un pacto de readquisición, que es bastante común en la práctica italiana.

ni siquiera en el ámbito de la concepción bipartita se propugna la resolución del contrato de compraventa a causa de la resolución del contrato de leasing.⁹⁴⁸

27. 4.- Existe una relación jurídica entre usuario y proveedor.

La unidad económico-jurídica que se da en el leasing financiero implica la conformación de relaciones jurídicas entre las tres partes, punto que resulta claro en la concepción unitaria pero que es muy controvertido en la concepción bipartita. Al respecto cabe observar que en ambas resulta evidente la existencia de dos relaciones contractuales en las que participa la empresa de leasing: una con el proveedor y otra con el usuario. Sin embargo, desde la óptica unitaria se agrega una tercera relación, que es aquella existente entre proveedor y usuario, la que viene a cerrar el triángulo de relaciones jurídicas que dan a la operación de leasing financiero un carácter trilateral.⁹⁴⁹

En este punto se analizará dicha relación jurídica, comenzando por los antecedentes que dan lugar a reconocer su existencia (el pacto previo entre usuario y proveedor, y el hecho de que las obligaciones del proveedor como comprador se cumplan a favor del usuario), siguiendo por su calificación, para terminar con el análisis de algunos efectos característicos que produce su reconocimiento respecto de la concepción bipartita que la desconoce.

27. 4. 1.- El pacto previo entre usuario y proveedor.

En el *iter negocial* normal de la operación de leasing financiero⁹⁵⁰ la iniciativa para contratar viene de parte del usuario, cuyo primer contacto se da con el proveedor.⁹⁵¹ El

⁹⁴⁸ Ver *infra* N° 43, donde se explica que para los adherentes de la concepción bipartita el contrato de compraventa se mantiene válido y eficaz una vez que se declara la resolución del contrato de leasing propiamente dicho.

⁹⁴⁹ En España se han pronunciado favor de la existencia de una relación jurídica entre usuario y proveedor REAL PÉREZ, ob. cit. (*El leasing...*), p. 245; REAL PÉREZ, ob. cit. (*"Leasing"...*), p. 508, aunque configura dicha relación jurídica sobre la base de las cláusulas de exoneración y subrogación; STS de 4 de diciembre de 1997 (RJ 1997/8728); SAP de Asturias de 18 de enero de 1994 (AC 1994/193).

⁹⁵⁰ Hablo de *iter "normal"* porque, aparte del proceso de formación que se relata en el texto de este trabajo pueden darse otros, como sucede en el denominado *leasing convenzionato* o *leasing a través de vendedor*, al que se ha hecho referencia *supra* N° 2.7, en el que la iniciativa contractual no parte del usuario, sino del proveedor. Sin embargo, en este esquema queda aún más claro el carácter trilateral de la operación, ya que tanto las estipulaciones contractuales de la enajenación como las de concesión en leasing son pactadas conjuntamente por proveedor y empresa de leasing, faltando

carácter previo de este contacto deriva principalmente de dos antecedentes: En primer lugar, porque el interés del usuario está en la utilización de un activo determinado en su proceso productivo, por lo que antes de plantearse el tema del financiamiento necesita tener certeza respecto de las características específicas y calidad del bien, así como de la capacidad técnica y confiabilidad del proveedor.⁹⁵² En segundo lugar, porque antes de suscribir el contrato de leasing propiamente dicho es necesario que el usuario haya seleccionado el bien y su proveedor, ya que estos elementos pasarán a formar parte del contenido de dicho contrato.⁹⁵³

sólo por determinar el usuario a quien se aplicarán, el que es seleccionado por el propio proveedor, aceptando dicho usuario las condiciones de la operación durante la etapa de negociación con el proveedor. Ver al efecto CLARIZIA, ob. cit., (*La locazione...*), p. 114; GORGONI, ob. cit. (*Credito...*), p. 1.159-1.160; IMBRENDA, ob. cit. (*Il leasing...*), p. 99-100; IMBRENDA, ob. cit. (*Leasing...*), p. 98-99; PURCARO, ob. cit. (*La locazione...*), p. 61; SÁNCHEZ-PARODI PASCUA, ob. cit., p. 172, Nota N° 17, quien reconoce éste como un caso de trilateralidad. Lo mismo sucede en los casos en que el proveedor financie sus ventas a través de una empresa de leasing que forma parte del mismo grupo empresarial, ya que en definitiva la operación se da entre aquel grupo económico y el usuario. Respecto de la vinculación entre proveedor y empresa de leasing ver *supra* N° 22.1.1, donde se expusieron las posiciones acerca de la justificación de la cláusula de exoneración en este caso.

⁹⁵¹ Parece haber acuerdo, tanto en la concepción bipartita como en la unitaria, en que el contacto entre usuario y proveedor es previo a la intervención de la empresa de leasing. Ver al efecto CLARIZIA, ob. cit., (*La locazione...*), p. 63; CHINDEMI, ob. cit. (*Invalidità...*), p. 325; CHINDEMI, ob. cit. (*Trilateralità...*), p. 186; DE LA CUESTA RUTE, ob. cit. (*Reflexiones...*), p. 534; DE NOVA, ob. cit., p. 35; GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*Leasing financiero mobiliario...*), p. 146-148; GORGONI, ob. cit. (*Credito...*), p. 1.159; GUTIÉRREZ GILSANZ, ob. cit., p. 169; ILLESCAS ORTIZ, ob. cit., p. 81 y 83; IMBRENDA, ob. cit. (*Il leasing...*), p. 94-95; IMBRENDA, ob. cit. (*Leasing...*), p. 94; JIMÉNEZ DE PARGA Y CABRERA y GISPERT PASTOR, ob. cit., p. 490-491; LÓPEZ FRÍAS, ob. cit. (*Sentencia...*), p. 111; MARÍN LÓPEZ, ob. cit. (*Comentario a la STS de 26 de febrero de 1996*), p. 761; PURCARO, ob. cit. (*Il problema...*), p. 545 y 548; SCHERMI, ob. cit., p. 728; WHITE et. al., ob. cit. (vol. 2), p. 16, Nota N° 7. Así se desprende también de los antecedentes de hecho de varias sentencias. A este respecto ver STS de 1 de marzo de 2011 (RJ 2011/2615); SAP de Madrid de 26 de junio de 2007 (AC 2007/1894); STS de 4 de diciembre de 1997 (RJ 1997/8728), caso en que el Tribunal, afirmó que el vínculo entre usuario y proveedor deriva del hecho de que el primero elige el bien del segundo, “relación ésta que, dentro de la mecánica compleja del “leasing”, es la que aparece como inicial”; STS de 30 de abril de 1991 (RJ 1991/3115); STS de 26 de junio de 1989 (RJ 1989/4786); GE CAPITAL CORP. v. NATIONAL TRACTOR TRAILER SCH., Supreme Court of New York, Onondaga County, 17 de noviembre de 1997; ATLAS INDUSTRIES INC. v. NATIONAL CASH REGISTER CO., Supreme Court of Kansas, 25 de enero de 1975. Este tipo de negociación entre usuario y proveedor se da incluso cuando es la ley la que establece la legitimación del primero contra el segundo para demandar las obligaciones del contrato de compraventa. WHITE et. al., ob. cit. (vol. 2), p. 16, Nota N° 7 destaca este punto, a pesar de que la norma imperativa de la sección 2A-209 UCC pareciera no hacer necesaria esta negociación.

⁹⁵² En similar sentido, ILLESCAS ORTIZ, ob. cit., p. 83-84.

⁹⁵³ GORGONI, ob. cit. (*Credito...*), p. 1.159; PURCARO, ob. cit. (*La locazione...*), p. 71 y 88, quien califica como “hipótesis meramente teórica” aquella según la cual el contrato de leasing financiero

La empresa de leasing sólo interviene en una etapa posterior, cuando el usuario ha optado por el leasing financiero como medio de financiación.⁹⁵⁴ Ello se traduce en que, una vez negociados los elementos esenciales de la operación entre proveedor y usuario, éste presentará a la empresa de leasing una “solicitud de leasing” que contendrá los elementos referidos,⁹⁵⁵ a la que se puede adjuntar la factura proforma emitida por el proveedor.

No se debe descartar, sin embargo, la hipótesis de que el usuario tenga un contacto comercial con la empresa de leasing antes de aquel que se produce con el usuario. Sin embargo, creo que en este caso se tratará normalmente de meras tratativas, ya que cualquier aspecto que haya podido ser negociado entre empresa de leasing y usuario no podrá dar lugar a una operación de leasing financiero si no media el acuerdo entre usuario y proveedor sobre los elementos esenciales de la operación.⁹⁵⁶

La importancia de este contacto previo entre usuario y proveedor es que en esa instancia se produce una negociación que determina los aspectos económicos y jurídicos de la operación, fundamentalmente los elementos esenciales de la enajenación del bien por parte del proveedor a la empresa de leasing,⁹⁵⁷ entre los que destaca la individualización

se estipule antes que el acuerdo entre usuario y proveedor. En el ámbito de la LMUL, ver UNIDROIT, ob. cit. (*Draft convention...*), p. 35.

⁹⁵⁴ CHINDEMI, ob. cit. (*Invalidità...*), p. 325; CHINDEMI, ob. cit. (*Trilateralità...*), p. 186; WHITE et. al., ob. cit. (vol. 2), p. 16, Nota N° 7.

⁹⁵⁵ La solicitud de leasing contendrá, además, los antecedentes contables y financieros que permitan a la empresa de leasing evaluar comercialmente al usuario. Ver al efecto GARCÍA GARNICA, ob. cit. (*El régimen jurídico...*), p. 93.

⁹⁵⁶ PURCARO, ob. cit. (*La locazione...*), p. 88. Por ejemplo, si el usuario es cliente frecuente de una entidad financiera y se acerca a ella para analizar (e incluso negociar) el monto hasta el que la empresa de leasing estaría dispuesta a financiar al usuario, lo que determina, por ejemplo, el techo del precio que éste podría pactar con el proveedor. Ello constituiría una mera tratativa que luego debe ser complementada con los elementos esenciales que el usuario pacte con el proveedor, sin los cuales no se podría llegar a celebrar el contrato de leasing.

⁹⁵⁷ BRESLAUER, ob. cit., p. 326; CAMERA DI COMMERCIO DI MILANO, ob. cit., p. 552; CHINDEMI, ob. cit. (*Invalidità...*), p. 325; CHINDEMI, ob. cit. (*Trilateralità...*), p. 186; DE NOVA, ob. cit., p. 35; DI FORTUNATO, ob. cit., p. 9 y 15; GORGONI, ob. cit. (*Credito...*), p. 1.159; ILLESCAS ORTIZ, ob. cit., p. 81; IMBRENDA, ob. cit. (*Il leasing...*), p. 95; IMBRENDA, ob. cit. (*Leasing...*), p. 95; LÓPEZ FRÍAS, ob. cit. (*Los contratos conexos...*), p. 110, quien destaca como una de las características de la compraventa la intervención de un tercero (el usuario) que interviene designando el vendedor y el bien, así como recibiendo este último; MARÍN LÓPEZ, ob. cit. (*Comentario a la STS de 26 de febrero de 1996*), p. 761; PURCARO, ob. cit. (*Struttura...*), p. 355-356, quien afirma que la empresa de leasing no financia una compraventa propia, sino una operación acordada entre usuario y proveedor; PURCARO, ob. cit. (*La locazione...*), p. 14; PURCARO, ob. cit. (*I problemi...*), p. 548 y 551-552, donde aclara que la adquisición del bien por parte de la empresa de leasing no constituye un

del vendedor,⁹⁵⁸ el objeto del contrato y sus características técnicas,⁹⁵⁹ el precio del bien,⁹⁶⁰ el lugar y términos de la entrega,⁹⁶¹ y las condiciones de la garantía comercial,⁹⁶² aspectos

contrato autónomo y distinto del acuerdo preliminarmente alcanzado entre usuario y proveedor; WHITE et. al., ob. cit. (vol. 2), p. 7; STS de 30 de abril de 1991 (RJ 1991/3115), caso en el que el Tribunal estimó que entre usuario y proveedor existe un contrato de compraventa y que la función de la empresa de leasing consiste en pagar el precio de dicho contrato, de lo que se deduce que la adquisición hecha por dicha empresa es funcional al verdadero contrato de compraventa entre usuario y proveedor; STS de 26 de junio de 1989 (RJ 1989/4786); SCCI de 19 de febrero de 2008 (4235); CCI de 1 de octubre de 2004 (19657); SCCI de 26 de enero de 2000 (854); CCI de 2 de noviembre de 1998 (10926); CCI de 16 de mayo de 1997 (4367); CCI de 11 de julio de 1995 (7595); SCCI de 30 de mayo de 1995 (6076); SCCI de 17 de mayo de 1991 (5571); SCCI de 21 de enero de 1982 (397).

⁹⁵⁸ GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*En torno...*), p. 1.785-1.786; LÓPEZ FRÍAS, ob. cit. (*Los contratos conexos...*), p. 110; MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, ob. cit., p. 226, Nota N° 22; REAL PÉREZ, ob. cit. (*"Leasing"...*), p. 508. En esta etapa de formación del contrato estará definido el vendedor (proveedor), pero no necesariamente el comprador, ya que es común que el usuario seleccione posteriormente la empresa de leasing por medio de la que financiará la operación. En todo caso, se debe destacar que mientras que la individualización del proveedor es esencial en esta etapa (el bien deberá ser adquirido del proveedor específico seleccionado por el usuario), la individualización de la empresa de leasing no reviste carácter esencial, ya que la función de financiamiento que busca el usuario puede ser provista por cualquier agente de mercado con ese giro.

⁹⁵⁹ CLARIZIA, ob. cit., (*La locazione...*), p. 63; CORBO, ob. cit., p. 207; DE LA CUESTA RUTE, ob. cit. (*Reflexiones...*), p. 534, quien agrega que la empresa de leasing no tiene ningún contacto material con el bien; GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*En torno...*), p. 1.785-1.786; GORGONI, ob. cit. (*Credito...*), p. 1.159; IMBRENDA, ob. cit. (*Il leasing...*), p. 95; IMBRENDA, ob. cit. (*Leasing...*), p. 95; LÓPEZ FRÍAS, ob. cit. (*Los contratos conexos...*), p. 110; MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, ob. cit., p. 226, Nota N° 22; PURCARO, ob. cit. (*I problemi...*), p. 548; REAL PÉREZ, ob. cit. (*"Leasing"...*), p. 508; STS de 4 de diciembre de 1997 (RJ 1997/8728); SCCI de 12 de marzo de 2004 (5125); SCCI de 26 de enero de 2000 (854); SCCI de 16 de mayo de 1997 (4367); SCCI de 3 de abril de 1997 (2885), en cuyo caso se pactaron ciertas características técnicas del bien, que posteriormente fueron tomadas en consideración para declarar la resolución del contrato de compraventa; SCCI de 11 de julio de 1995 (7595); SCCI de 30 de mayo de 1995 (6076); STS de 8 de julio de 1992 (RJ 1992/6190), en cuyo Fundamento de Derecho Primero se transcribe una cláusula del contrato de leasing que dispone que "de conformidad con las condiciones de adquisición, el material deberá ser entregado directamente por dicho vendedor al cliente" (el subrayado es mío), lo que da cuenta del acuerdo previo entre usuario y proveedor en que se pactó dicha forma de entrega; SCCI de 17 de mayo de 1991 (5571); SCCI de 21 de enero de 1982 (397).

⁹⁶⁰ CHINDEMI, ob. cit. (*Trilateralità...*), p. 186; CLARIZIA, ob. cit., (*La locazione...*), p. 63; CORBO, ob. cit., p. 207; IMBRENDA, ob. cit. (*Il leasing...*), p. 95; IMBRENDA, ob. cit. (*Leasing...*), p. 95; PURCARO, ob. cit. (*I problemi...*), p. 548; LAWRENCE CRAWFORD ASS'N FOR EXCEPTIONAL CITIZENS v. CONVERSOURCE, INC., Appellate Court of Illinois, Fifth District, 15 de agosto de 2012, en cuyos antecedentes de hecho consta la negociación del precio y su forma de pago entre usuario y proveedor, y que incluso el usuario debió autorizar a la empresa de leasing antes de que ésta procediera a efectuar el pago anticipado pactado.

⁹⁶¹ CLARIZIA, ob. cit., (*La locazione...*), p. 63 y 128, donde transcribe una cláusula en que la empresa de leasing deja constancia de que el precio fue pactado con anterioridad entre usuario y proveedor; DE NOVA, ob. cit. (*Il contratto...*), p. 38; GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*Leasing financiero*

todos que pasarán a formar parte del contenido del contrato de compraventa y del contrato de leasing financiero propiamente dicho.

La calificación de este acuerdo previo entre usuario y proveedor se enfoca desde puntos de vista distintos según si nos aproximamos a él desde la óptica bipartita o desde la unitaria.

En el ámbito de la concepción bipartita algunos califican este contacto como meras tratativas preliminares sin mayor valor jurídico.⁹⁶³ ⁹⁶⁴ Otros señalan que, de acuerdo a las circunstancias del caso puede tratarse, bien de meros tratos preliminares sin relevancia jurídica, o bien de un pacto con efectos jurídicos obligatorios para el proveedor.⁹⁶⁵ Si se les da valor jurídico tampoco hay acuerdo en su calificación, postulándose como alternativas que se trate de meros tratos preliminares que obligan sólo a comportarse de buena fe;⁹⁶⁶ de una oferta de venta;⁹⁶⁷ de una estipulación a favor de tercero (de la empresa de leasing);⁹⁶⁸

mobiliario...), p. 93; GORGONI, ob. cit. (*Credito...*), p. 1.159; IMBRENDA, ob. cit. (*Il leasing...*), p. 95-96; IMBRENDA, ob. cit. (*Leasing...*), p. 95; PURCARO, ob. cit. (*I problemi...*), p. 548.

⁹⁶² PURCARO, ob. cit. (*I problemi...*), p. 548.

⁹⁶³ BUITRAGO RUBIRA, ob. cit. (*El leasing mobiliario...*), p. 55; SANTOS SÁNCHEZ, ob. cit., p. 474.

⁹⁶⁴ Cabe destacar que en el contexto de la concepción bipartita se suelen distinguir las tratativas previas de aquellos casos en que sí exista un contrato previo entre usuario y proveedor, como cuando el usuario compra el bien y luego cede el contrato de compraventa a la empresa de leasing para los efectos de concretar la operación de leasing financiero. Ver al efecto GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*Leasing financiero mobiliario...*), p. 146-147. Así sucedió en el supuesto de hecho que dio lugar a la STS de 15 de marzo de 2001 (RJ 2001/3980). Por otra parte, en los antecedentes de hecho de varias sentencias se deja constancia de la celebración de un contrato de compraventa entre proveedor y usuario, sin que quede claro que este contrato haya sido objeto de cesión por parte del usuario a la empresa de leasing, o si ésta celebró un segundo contrato de compraventa con el proveedor respecto del mismo bien. Ver en este sentido STS de 19 de enero de 2000 (RJ 2000/139); STS de 26 de febrero de 1996 (RJ 1996/120); STS de 26 de febrero de 1996 (RJ 1996/1264); SCCI de 21 de junio de 1993 (6862); STS de 26 de junio de 1989 (RJ 1989/4786); SCCI de 21 de enero de 1982 (397).

⁹⁶⁵ GARCÍA GARNICA, ob. cit. (*El régimen jurídico...*), p. 93; ILLESCAS ORTIZ, ob. cit., p. 84-86.

⁹⁶⁶ GUTIÉRREZ GILSANZ, ob. cit., p. 171.

⁹⁶⁷ GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*Leasing financiero mobiliario...*), p. 147-148, quien se manifiesta a favor del carácter irrevocable de la oferta; ILLESCAS ORTIZ, ob. cit., p. 84-86.

⁹⁶⁸ GARCÍA GARNICA, ob. cit. (*El régimen jurídico...*), p. 93, quien pone como ejemplo el caso en que el proveedor se comprometa a enajenar el bien a la empresa de leasing en los términos acordados con el usuario, lo que podría concretarse a través de la emisión de una oferta de contrato de compraventa o la concesión de una opción de compra a una empresa de leasing determinada o por determinar, caso en el que estima configurada una estipulación a favor de tercero (la empresa

o de un precontrato.⁹⁶⁹ Sin perjuicio de ello, se ha llegado a reconocer al usuario la acción para exigir al proveedor el cumplimiento⁹⁷⁰ o la responsabilidad por incumplimiento, a la que algunos otorgan la calificación de precontractual por culpa *in contrahendo*.⁹⁷¹ Por otra parte, cabe señalar que para algunos autores este acuerdo previo no tiene influencia sobre el contrato de leasing, por lo que el usuario no podría demandar la resolución de este último en base al incumplimiento de los compromisos adquiridos por el proveedor en el pacto previo,⁹⁷² mientras que otros reconocen que el contrato de leasing viene a ser la realización del acuerdo previo entre usuario y proveedor.⁹⁷³

En el ámbito de la concepción unitaria, en cambio, se otorga a este pacto un valor mucho más relevante, concibiéndolo como un acuerdo de naturaleza contractual que forma parte del proceso de formación progresiva del contrato trilateral de leasing financiero, que produce efectos vinculantes para sus dos partes (el usuario se compromete a conseguir el financiamiento de una empresa de leasing para el pago del precio pactado, mientras que el proveedor se compromete a transferir la propiedad del bien a la empresa

de leasing) que podría exigir el cumplimiento de lo acordado mientras la estipulación no sea revocada.

⁹⁶⁹ GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*Leasing financiero mobiliario...*), p. 146 y 148, que califica este acuerdo previo como un precontrato que sustentará la compraventa celebrada entre la empresa de leasing y el proveedor; GUTIÉRREZ GILSANZ, ob. cit., p. 174; STS de 26 de junio de 1989 (RJ 1989/4786), caso en que el usuario celebró un contrato (que denominaron de compraventa) con el proveedor, en virtud del cual el primero pagó el 25% del valor del bien al segundo, suma que le sería restituida una vez que la empresa de leasing pagara el precio completo del bien. El Tribunal Supremo calificó el acto como un contrato preparatorio, calificación que a juicio de REAL PÉREZ, ob. cit. (*El leasing...*), p. 246-247 es errónea, ya que en un contrato preparatorio se celebra por las mismas partes que tendrá el contrato preparado, lo que no sucede en este caso, en que la empresa de leasing no interviene en el supuesto contrato preparatorio. Comentando la misma sentencia, LÓPEZ FRÍAS, ob. cit. (*Sentencia...*), p. 110 señala, en contra de la opinión del Tribunal, que el contrato preparatorio quedó en cierta medida privado de contenido al celebrarse el contrato de compraventa entre el proveedor y la empresa de leasing.

⁹⁷⁰ GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*En torno...*), p. 1.785.

⁹⁷¹ Ello en caso que el usuario logre demostrar que celebró el contrato de leasing en base a las informaciones que le proporcionó el proveedor en las negociaciones llevadas a cabo con él. En este sentido, GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*En torno...*), p. 1.785; GUTIÉRREZ GILSANZ, ob. cit., p. 171-172, quien reconoce esta aptitud en el caso de tratarse de meros tratos preliminares que obligan sólo a comportarse de buena fe.

⁹⁷² GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*Leasing financiero mobiliario...*), p. 148.

⁹⁷³ GUTIÉRREZ GILSANZ, ob. cit., p. 170.

de leasing en las condiciones acordadas con el usuario y a cumplir respecto de éste las demás obligaciones derivadas de la venta del bien), y que tiene carácter preliminar, ya que está sujeto a la condición suspensiva de que la empresa de leasing adhiera a él aceptando financiar la operación, de forma que una vez producida la adhesión de la empresa de leasing el contenido de este acuerdo quedará inmerso en el contrato trilateral de leasing financiero.⁹⁷⁴

Se trata, en consecuencia, de un pacto fuente de obligaciones para usuario y proveedor,⁹⁷⁵ tanto así que la parte que no lo respete estará sujeta a los remedios derivados del incumplimiento contractual.⁹⁷⁶ También tendrá valor jurídico para la empresa de leasing, ya que si decide participar en la operación de leasing financiero deberá respetar las condiciones previamente pactadas entre usuario y proveedor, y si quiere cambiarlas

⁹⁷⁴ PURCARO, ob. cit. (*La locazione...*), p. 16-19 y 60-61; PURCARO, ob. cit. (*I problemi...*), p. 548-550. En similar sentido, CHINDEMI, ob. cit. (*Invalidità...*), p. 325-326; CHINDEMI, ob. cit. (*Trilateralità...*), p. 186; GORGONI, ob. cit. (*Sulla qualificazione...*), p. 480-481; IMBRENDA, ob. cit. (*Il leasing...*), p. 96-97; IMBRENDA, ob. cit. (*Leasing...*), p. 96; REAL PÉREZ, ob. cit. (*El leasing...*), p. 246, comentando el supuesto de hecho que dio lugar a la STS de 26 de junio de 1989 (RJ 1989/4786) (donde el usuario celebró un contrato con el proveedor, que denominaron contrato de compraventa, en virtud del cual el primero pagó el 25% del valor del bien al segundo, suma que le sería restituida una vez que la empresa de leasing pagara el precio completo del bien), señala que usuario y proveedor no celebraron un contrato de compraventa, ya que el primero no se obligó a pagar el precio, sino a concertar un contrato de leasing con una empresa que pagaría el precio, mientras que el segundo no se obligó a entregar el bien mientras no se suscribiera el contrato de leasing, de forma que ambas partes contemplaron que el acuerdo sólo sería eficaz si el usuario conseguía la financiación prevista.

⁹⁷⁵ IMBRENDA, ob. cit. (*Il leasing...*), p. 96; IMBRENDA, ob. cit. (*Leasing...*), p. 96; PURCARO, ob. cit. (*La locazione...*), p. 14-15 y 68; PURCARO, ob. cit. (*I problemi...*), p. 548-550. Ver también SCCI de 3 de abril de 1997 (2885), en cuyo caso se declaró la resolución del contrato de compraventa dando valor a la negociación previa entre usuario y proveedor respecto de las características que debía tener el bien, las que fueron elevadas por las partes a la calidad de esencial.

⁹⁷⁶ PURCARO, ob. cit. (*La locazione...*), p. 66 se refiere al supuesto en que el proveedor rechace vender el bien a la empresa de leasing, o pretendiese hacerlo en condiciones distintas a las pactadas con el usuario, caso en el que estima procedente la acción de cumplimiento y la indemnizatoria. En cuanto a esta última acción, los partidarios de la concepción bipartita no dudan en calificarla de contractual. Ver al efecto PURCARO, ob. cit. (*La locazione...*), p. 18, Nota N° 29 y 78; REAL PÉREZ, ob. cit. (*El leasing...*), p. 246, Nota N° 7, donde expresa que los perjuicios del proveedor en caso de que el usuario no consiga la financiación prevista derivarían del hecho que se suscite en el proveedor la fundada esperanza de la celebración de un contrato que no se concretó, en base a lo que puede, por ejemplo, haber desechado otras ofertas o haber afrontado determinados gastos. En el ámbito de la concepción bipartita, en base a la conexión contractual, sugiere esta calificación LÓPEZ FRÍAS, ob. cit. (*Sentencia...*), p. 112.

debe contar con el acuerdo de las otras dos partes.⁹⁷⁷ Prueba de que la empresa de leasing se basa en este acuerdo para establecer los elementos esenciales de ambos contratos, es que declara expresamente en el contrato de leasing que ella se ha limitado a seguir la determinación (del bien y del proveedor) hecha por el usuario,⁹⁷⁸ que deriva precisamente del pacto previo que éste celebró con el proveedor, aspecto que, además, sirve de fundamento para su exoneración de responsabilidad.⁹⁷⁹ Por ello es que no me parece consecuente que en la concepción bipartita se intente restar valor a este acuerdo para así segmentar la operación en dos contratos, pero al mismo tiempo se le invoque implícitamente para justificar la exoneración de la empresa de leasing.

Asimismo, resulta incoherente con la estructura de dos contratos separados que el precio y demás condiciones del contrato de compraventa sean negociados y pactados autónomamente por el vendedor (proveedor) y un “tercero” a dicho contrato (usuario),⁹⁸⁰

⁹⁷⁷ MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, ob. cit., p. 226, Nota N° 22, para quien el contrato de compraventa está condicionado por las decisiones del usuario; PURCARO, ob. cit. (*La locazione...*), p. 58, 65, 68 y 93, quien agrega que si bien la empresa de leasing no puede modificar unilateralmente las condiciones ya fijadas entre usuario y proveedor, tiene la facultad de disponer cláusulas referidas a la financiación y la protección de su posición, asegurando el reembolso de la suma financiada.

⁹⁷⁸ Ver la condición general N° 2 del modelo de contrato de arrendamiento financiero de AELR, donde se expresa que “los bienes objeto de este contrato han sido adquiridos por el arrendador financiero (...) siguiendo las especificaciones y la elección efectuada por éste, que ha determinado, bajo su exclusiva responsabilidad, la clase, marca, modelo, características técnicas y demás condiciones de dichos bienes, así como el proveedor de los mismos.” Asimismo, en el modelo de contrato de leasing financiero del Banco Santander se expresa que “El usuario ha solicitado con anterioridad a este acto –solicitud que por la presente reitera– que el Arrendador Financiero adquiera los bienes muebles (en adelante, los Bienes) especificados en este Contrato, de el/los proveedor/es elegidos por el Usuario y le ceda el uso de los mismos en régimen de arrendamiento financiero. El Arrendador Financiero aceptando el encargo expreso del usuario ha adquirido los Bienes siguiendo sus especificaciones e instrucciones.” Por último, en el modelo de contrato de leasing financiero de Toyota Financial Services se dice que “El arrendatario financiero ha encargado al arrendador financiero que adquiera del proveedor los bienes descritos en las Condiciones Particulares por el precio que también se indica en las mismas, a fin de afectarlos a la presente operación de Arrendamiento Financiero. Aceptando el encargo, el arrendador financiero ha concertado en su propio nombre y derecho la compraventa de los expresados bienes.”

⁹⁷⁹ Respecto de este fundamento de la exoneración de la empresa de leasing en la concepción bipartita, ver *supra* N° 22.1.1. Ver, además, el modelo de contrato de leasing financiero del banco Santander, donde se fundamenta la exoneración de responsabilidad de la empresa de leasing por falta de entrega en que ésta “se efectúa directamente por el/los Proveedor/es al Usuario, según lo acordado previamente por éstos” (el subrayado es mío), con lo que se reconoce expresamente la existencia y obligatoriedad del pacto que es objeto de estos comentarios.

⁹⁸⁰ CHINDEMI, ob. cit. (*Invalidità...*), p. 325; CHINDEMI, ob. cit. (*Trilateralità...*), p. 186-187; PURCARO, ob. cit. (*Struttura...*), p. 355; REAL PÉREZ, ob. cit. (“Leasing”...), p. 508; SCHERMI, ob. cit., p. 728-729; SCCI 26 de enero de 2000 (854).

sin que muchas veces ni siquiera se conozca todavía quien será la empresa de leasing que actuará como compradora. Si se quisiera ser consecuente con la estructura bipartita de la operación debería decirse que las partes de la compraventa (proveedor y empresa de leasing) son libres para fijar los elementos esenciales de dicho contrato, aunque el bien hubiese sido elegido por el usuario, y que las indicaciones del usuario en este sentido no tienen efecto vinculante para el proveedor ni para la empresa de leasing, lo que no se corresponde con la realidad.⁹⁸¹

En base a lo anteriormente expuesto puede decirse que el nexo que conecta sinalagmáticamente la obligación de la empresa de leasing (frente al usuario) de comprar determinado bien a determinado proveedor en determinado precio y condiciones, con la obligación del proveedor de vender el mismo bien en el mismo precio y condiciones a la empresa de leasing, está en el acuerdo previo a que llegaron proveedor y usuario (al que posteriormente adhiere la empresa de leasing),⁹⁸² que no constituye una mera tratativa ni menos aun es extraño al proceso de formación del contrato de leasing.⁹⁸³

De ello se desprende que la venta del bien por parte del proveedor a la empresa financiadora no es ajena al contrato de leasing ni es un presupuesto de éste ni instrumental

⁹⁸¹ CHINDEMI, ob. cit. (*Trilateralità...*), p. 186; CHINDEMI, ob. cit. (*Invalidità...*), p. 325; PURCARO, ob. cit. (*La locazione...*), p. 58; PURCARO, ob. cit. (*I problemi...*), p. 550. Los adherentes a la concepción bipartita han recurrido a diferentes teorías para intentar calificar jurídicamente el hecho de que los elementos esenciales del futuro contrato de compraventa no sean pactados por vendedor y comprador (es decir, por proveedor y empresa de leasing), sino por el vendedor y un sujeto que se supone un tercero en dicho contrato (el usuario), teorías contra las que se alzan voces críticas de entre los mismos adherentes a la misma concepción bipartita. Así, por ejemplo, se ha dicho que la empresa de leasing otorgaría al usuario un mandato para que negocie y determine los elementos del contrato de compraventa, lo que ILLESCAS ORTIZ, ob. cit., p. 81, Nota N° 19 califica como alejado de la realidad y de la cronología de los hechos, ya que en la práctica el usuario suele practicar la negociación con el proveedor sin necesidad siquiera de haber determinado la empresa de leasing con la que contratará, por lo que no se advierte en qué momento concurren las voluntades para otorgar el mandato que, de existir, sería otorgado por dicha empresa una vez que el mandatario (usuario) ya ha realizado el encargo. También se ha dicho que existiría entre usuario y empresa de leasing de una obligación *facio ut facias*, por la que el primero se obliga a determinar las características del bien para que la segunda pueda posteriormente adquirirlo. Contra esta tesis ILLESCAS ORTIZ, ob. cit., p. 82, Nota N° 20 argumenta que no existe un acuerdo de voluntades en este sentido, ya que el usuario negocia con el proveedor antes que con la empresa de leasing y en su propio interés, sabiendo que no por haber iniciado tales negociaciones está obligando a la empresa de leasing a que posteriormente, como consecuencia de la obligación *facio ut facias*, celebre con él determinado contrato.

⁹⁸² PURCARO, ob. cit. (*La locazione...*), p. 43-44.

⁹⁸³ PURCARO, ob. cit. (*La locazione...*), p. 15; PURCARO, ob. cit. (*I problemi...*), p. 548.

a él, como sostienen los seguidores de la tesis bipartita.⁹⁸⁴ Más bien se trata del cumplimiento de una obligación asumida por el proveedor (en el pacto previo con el usuario) y por la empresa de leasing (al aceptar dicho pacto previo entre usuario y proveedor), formándose de este modo una unidad contractual que involucra a las tres partes, ya que el contrato de compraventa no es un acto con contenido muy distinto del acuerdo previo a que llegaron usuario y proveedor. De esta forma, resulta que las tres partes que son titulares de intereses jurídicos protegibles en la operación económica participan como autores de las normas contractuales que regirán su relación, lo que viene a reafirmar el carácter trilateral del contrato.⁹⁸⁵

27. 4. 2.- *El proveedor cumple respecto del usuario sus obligaciones de vendedor.*

Sin perjuicio de la existencia del pacto previo ya analizado,⁹⁸⁶ la relación jurídica entre usuario y proveedor (y, en definitiva, el carácter unitario de la operación) se deriva también, y principalmente, del hecho que el proveedor cumple respecto del usuario (y no respecto de quien se supone su única contraparte) las obligaciones de entrega y de garantía legal⁹⁸⁷ y convencional del bien.⁹⁸⁸ Como contrapartida, el usuario está legitimado

⁹⁸⁴ Ver *supra* N° 14.2.2. Ver también PURCARO, ob. cit. (*I problemi...*), p. 551-554. En el ámbito de la concepción bipartita GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*En torno...*), p. 1.784 reconoce que el usuario no es en absoluto ajeno a la compraventa, ya que elige el usuario y el proveedor y pacta las condiciones de la entrega del bien.

⁹⁸⁵ IMBRENDA, ob. cit. (*Il leasing...*), p. 98-99; IMBRENDA, ob. cit. (*Leasing...*), p. 97-98; SCHERMI, ob. cit., p. 729.

⁹⁸⁶ Como se expuso en el punto anterior, el iter contractual normal del leasing financiero contempla el pacto previo ya analizado. Sin embargo, podría plantearse el caso de que este acuerdo no exista, por ejemplo, si el usuario cotiza el bien por medio de catálogos, por internet, o de cualquier otra forma que no conlleve un contacto comercial con el proveedor, y luego se dirige a la empresa de leasing indicándole el bien y el proveedor. En este hipotético caso la operación no deja de ser unitaria (no se plantea un modelo distinto -bipartito- de leasing financiero por el hecho de no existir pacto previo), ya que de todas formas existirá una relación jurídica entre usuario y proveedor, derivada de que el proveedor cumplirá respecto del usuario sus obligaciones de vendedor. En otras palabras, la (muy poco frecuente) inexistencia de pacto previo no altera el desarrollo subsecuente del contrato.

⁹⁸⁷ Una referencia especial merece la garantía de saneamiento de la evicción. Ver al efecto *infra* N° 28.1.1 y 39.

⁹⁸⁸ CHINDEMI, ob. cit. (*Invalidità...*), p. 325; CHINDEMI, ob. cit. (*Trilateralità...*), p. 186; GORGONI, ob. cit. (*Sulla qualificazione...*), p. 481; GORGONI, ob. cit. (*Credito...*), p. 1.158-1.159; ; IMBRENDA, ob. cit. (*Il leasing...*), p. 102 y 116; IMBRENDA, ob. cit. (*Leasing...*), p. 102; PACINI, ob. cit., p. 260; PURCARO, ob. cit. (*La locazione...*), p. 93-94; PURCARO, ob. cit. (*Struttura...*), p. 355 y 357;

para ejercitar los remedios necesarios para hacer efectivas dichas obligaciones del proveedor, asumiendo el riesgo de incumplimiento del proveedor.⁹⁸⁹

El usuario, en consecuencia, encontrará en el proveedor su interlocutor y eventual adversario judicial en todo lo referido al bien,⁹⁹⁰ circunstancia que es conocida desde el principio por éste, ya que al plantearse el leasing como modalidad de financiamiento sabe que el contrato que celebrará con la empresa de leasing no es una compraventa común y corriente, sino que conlleva el cumplimiento de estas obligaciones respecto del usuario.⁹⁹¹ La empresa de leasing, por su parte, tiene una intervención absolutamente secundaria (y en muchos casos inexistente) en los aspectos referidos al bien, en aras de observar una actuación estrictamente financiera.⁹⁹²

PURCARO, ob. cit. (*I problemi...*), p. 554-555; REAL PÉREZ, ob. cit. ("*Leasing*"...), p. 508; SCCI de 12 de marzo de 2004 (5125); SCCI de 26 de enero de 2000 (854); SCCI de 11 de julio de 1995 (7595). En el marco de la concepción bipartita concuerda con lo anterior CAPPIELLO, ob. cit., p. 652; GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*Leasing financiero mobiliario...*), p. 145; LEVY, ob. cit., p. 276; MARÍN LÓPEZ, ob. cit. (*Comentario a la STS de 26 de febrero de 1996*), p. 761; RODRÍGUEZ-ROVIRA, ob. cit., p. 1.180; SAT de Valencia de 2 de diciembre de 1986 (RAJ 1986/7157), en cuyo Fundamento de Derecho Octavo se pone en relieve que la obligación de asegurar la idoneidad del bien y su correcto funcionamiento corresponde al proveedor. En contra, MARTÍN CASALS y RUDA GONZÁLEZ, ob. cit., p. 850, sostienen que el proveedor actúa como "auxiliar de cumplimiento" de las obligaciones de la empresa de leasing, en virtud de una suerte de mandato.

⁹⁸⁹ IMBRENDA, ob. cit. (*Il leasing...*), p. 116; IMBRENDA, ob. cit. (*Leasing...*), p. 117, quien aclara que la legitimación del usuario contra el proveedor deriva de su calidad de destinatario directo de las obligaciones del proveedor, pero además del hecho de haber tomado parte en la fase preparatoria del contrato, a través del acuerdo al que llegó con el proveedor, que tiene su reflejo en las fases sucesivas del contrato.

⁹⁹⁰ ALI y NCCUSL, ob. cit. (*Official Comment*), sección 2A-209; GROSS, ob. cit., p. 142; LAWRENCE y MINAN, ob. cit., p. 538; UNIDROIT, ob. cit. (*Draft convention...*), p. 64, Nota N° 31.

⁹⁹¹ Este conocimiento de parte del proveedor queda más que patente cuando pacta con el usuario la venta del bien "mediante leasing", como se verá *infra* Nota N° 1.002, y es exigido expresamente en la definición de leasing del art. 1.2(b) CUAFL. En este sentido, ver CAPPIELLO, ob. cit., p. 653, que transcribe una cláusula del contrato de compraventa en que el proveedor reconoce que dicho contrato se enmarca en una operación de leasing financiero, y acepta la legitimación del usuario en su contra para ejercitar las acciones que corresponden al comprador; CUMING, ob. cit., p. 48; GONZÁLEZ VÁSQUEZ, ob. cit., p. 1.315, quien concuerda en que la legitimación del usuario contra el proveedor se mencione en el contrato de compraventa. Desde el punto de vista de la tesis unitaria, PURCARO, ob. cit. (*I problemi...*), p. 551 y SCHERMI, ob. cit., p. 726 aclaran que el conocimiento de esta circunstancia por parte del proveedor procede de los acuerdos previos a que ha llegado con el usuario.

⁹⁹² De los antecedentes de hecho de varias sentencias se puede comprobar que los problemas relativos al bien, antes y después de su entrega, son tratados directamente entre usuario y proveedor, sin intervención de la empresa de leasing, a la que se asigna una actuación netamente financiera. Ver al efecto STS de 26 de febrero de 1996 (RJ 1996/1264); DIRECT CAPITAL CORP. v.

Este resultado de vinculación directa entre usuario y proveedor e intervención estrictamente financiera de la empresa de leasing constituye una característica de la operación, y por tanto es buscado por sus partes, aunque la forma de conseguirlo es distinta según la concepción que se siga.

Como se vio en el Capítulo anterior, en el ámbito de la concepción bipartita dicho resultado es perseguido por medio de distintas técnicas cuya utilización dependerá de si se trata de un ordenamiento que regula o que no regula la operación. En los primeros se exonera legalmente a la empresa de leasing de las obligaciones que frente al usuario debería asumir en calidad de compradora/cedente del goce del bien, y paralelamente se legitima al usuario para ejercitar directamente contra el proveedor remedios que en la lógica bipartita no tiene, al ser un tercero en el contrato de compraventa, de donde emanan las obligaciones del proveedor que exige el usuario.⁹⁹³ Por su parte, en los ordenamientos que no regulan el leasing financiero, el antedicho resultado se persigue mediante el

NEW ABI, INC., Supreme Court of New York, Kings County, 4 de octubre de 2006, donde la Corte advierte que la función de la empresa de leasing consiste sólo en financiar la adquisición del bien por parte del usuario “a través de leasing financiero”; FIRST FED. FIN. SERV. V. DERRINGTON'S CHEVRON, INC., Court of Appeals of Wisconsin, 22 de septiembre de 1999, donde la Corte señala que la función de la empresa de leasing se limita a proveer los fondos necesarios para la transacción, mas no proveer el bien; GE CAPITAL CORP. v. NATIONAL TRACTOR TRAILER SCH., Supreme Court of New York, Onondaga County, 17 de noviembre de 1997, donde la Corte aclara que la empresa de leasing no es un comprador normal, ya que no toma parte en la selección del bien que es objeto del contrato y su actuación es meramente financiera; SAP de Toledo de 9 de enero de 1996 (AC 1996/136); STS de 30 de abril de 1991 (RJ 1991/3115). En el mismo sentido, ALI y NCCUSL, ob. cit. (*Official Comment*), sección 2A-209, donde se expresa que el rol de la empresa de leasing es extremadamente limitado; BRESLAUER, ob. cit., p. 320 y 325, para quien el restringido rol de la empresa de leasing se reduce a la provisión de fondos para que el usuario compre o arriende el bien; CABANILLAS SÁNCHEZ, ob. cit. (*La configuración...*), p. 982; HEERMANN, ob. cit., p. 323 y 328, para quien la empresa de leasing sólo sirve de nexo en la transacción entre usuario y proveedor; GARVIN, ob. cit., p. 291; GROSS, ob. cit., p. 149-150, para quien el limitado rol financiero de la empresa de leasing deja ver que los verdaderos interesados en la operación son el usuario y el proveedor; LÓPEZ FRÍAS, ob. cit. (*Sentencia...*), p. 111; PACINI, ob. cit., p. 260; RODRÍGUEZ-ROVIRA, ob. cit., p. 1.180; SÁNCHEZ-PARODI PASCUA, ob. cit., p. 157; SCHOENFELD, ob. cit., p. 566, según quien la reglamentación del leasing financiero se basa en el hecho de que la empresa de leasing es un suministrador de fondos y no un comerciante de bienes; UNIDROIT, ob. cit. (*Draft convention...*), p. 54, donde a propósito del actual art. 8.1 (art. 7.1 del proyecto) se dice que “el arrendador financiero en la mayoría de los casos no tiene expertise técnica respecto de las especificaciones del equipo, nunca recibe el equipo y normalmente ni siquiera tendrá alguna razón para verlo. Su rol se limita a proveer el capital para la adquisición del equipo”.

⁹⁹³ Ver *supra* N° 24. La amplitud o restricción de la exoneración y/o de la legitimación del usuario contra el proveedor dependerán de lo más o menos ortodoxo que sea el respectivo legislador en la interpretación del principio de efecto relativo del contrato, que siempre merodea la confección de normas en el marco de la concepción bipartita.

reconocimiento de una acción directa del usuario contra el proveedor en base a la conexión contractual, o bien a través de las cláusulas de exoneración/subrogación, también en un contexto de conexión contractual.

Aparte de los problemas que conllevan las técnicas de la acción directa y de la introducción de las susodichas cláusulas,⁹⁹⁴ la conexión contractual (en cuyo ámbito se desarrollan estas técnicas) no puede explicar cómo es posible que se transfiera el riesgo de un contrato a otro y termine vinculando a sujetos que son supuestamente terceros entre sí (usuario y proveedor), ya que en definitiva la asunción de los riesgos del bien por parte del usuario viene como contrapartida sinalagmática de las obligaciones que el proveedor asume directamente a favor del usuario, lo que viene a confirmar la relación jurídica que entre ellos se defiende en la concepción unitaria.⁹⁹⁵ Ello resulta patente si se tiene en cuenta la reconocida facultad del usuario para demandar la resolución directamente frente al proveedor, aunque con la participación necesaria de la empresa de leasing.⁹⁹⁶ Si la relación contractual no fuese triangular, y si no existiese la mencionada relación jurídica entre proveedor y usuario, no se justificaría que éste pudiera obtener la resolución de un contrato en el que formalmente no ha sido parte,⁹⁹⁷ y aún cuando se pudiera superar esta traba, el hecho de que en el respectivo juicio deban comparecer los tres intervinientes es prueba de que existe una relación triangular unitaria que involucra a las tres partes.⁹⁹⁸ Ello

⁹⁹⁴ Ver *supra* N° 22 y 15.3

⁹⁹⁵ PURCARO, ob. cit. (*La locazione...*), p. 173-174.

⁹⁹⁶ GORGONI, ob. cit. (*Sulla qualificazione...*), p. 481; PURCARO, ob. cit. (*I problemi...*), p. 557; REAL PÉREZ, ob. cit. (*El leasing...*), p. 247; SCCI de 12 de marzo de 2004 (5125); SCCI de 26 de enero de 2000 (854); STS de 4 de diciembre de 1997 (RJ 1997/8728), que fundamentó la legitimación del usuario para demandar la resolución del contrato de compraventa en la existencia de un vínculo obligacional entre usuario y proveedor; STS de 25 de junio de 1997 (RJ 1997/5210), que casó la sentencia que había declarado la resolución del contrato de compraventa sin la comparecencia de la empresa de leasing fundado en la existencia de una relación jurídica trilateral entre las partes.

⁹⁹⁷ Ver *supra* N° 22.2.7, donde se expuso la extrema debilidad (e incluso la inexistencia) de los argumentos que permiten justificar la legitimación del usuario para demandar por sí solo la resolución del contrato de compraventa en base a la cláusula de subrogación.

⁹⁹⁸ REAL PÉREZ, ob. cit. (*El leasing...*), p. 249, Nota N° 10. Como se verá *infra* N° 42, en el marco de la concepción bipartita se ha estimado que existe litis consorcio pasivo necesario de la empresa de leasing en el juicio en que el usuario demanda la resolución del contrato de compraventa. Sin embargo, como se expuso *supra* N° 15.4, la doctrina del litis consorcio pasivo necesario es compatible con la concepción bipartita sólo si se adopta un criterio amplio respecto de ella, pero no si se adopta el criterio restringido que ha seguido en ocasiones el Tribunal Supremo, en cuya virtud para que exista litis consorcio pasivo necesario se requiere que las tres partes formen parte de una

resulta también concordante con el interés de la empresa de leasing, que busca no dejar al arbitrio del usuario la validez de la operación, por el eventual entorpecimiento de sus negocios.⁹⁹⁹

Por todo lo anterior es que en la concepción unitaria el resultado de vinculación directa entre usuario y proveedor e intervención financiera de la empresa de leasing se consigue reconociendo derechamente la existencia de una relación jurídica de naturaleza contractual entre usuario y proveedor, que facilita la actuación del primero frente al segundo en calidad de acreedor directo de dichas obligaciones, es decir, como contraparte contractual.

27. 4. 3.- Calificación de la relación jurídica.

De lo dicho en los puntos anteriores y de la apreciación conjunta de las estipulaciones típicas de los contratos de compraventa y de leasing financiero puede deducirse que los elementos del art. 1.261 CC están presentes en la relación jurídica existente entre usuario y proveedor. Hay consentimiento de ambos contratantes ya que, según se ha visto, ellos negocian y acuerdan las características técnicas del bien, las condiciones de la entrega y los demás términos de su enajenación, bajo el entendimiento que luego de la intervención financiera de la empresa de leasing las obligaciones del proveedor como vendedor se cumplirán respecto del usuario, y no de quien formalmente es su única contraparte. Hay un objeto, que es el bien y el precio por ambos determinados, que serán unos mismos para toda la operación trilateral. Por último, hay una causa, ya que si el proveedor se obliga a cumplir las obligaciones emanadas del contrato de compraventa a favor del usuario es porque tiene una contraprestación, que es el precio, aunque éste no sea pagado por el usuario directamente sino por la empresa de leasing, que presta un servicio mediante el que financia la operación invirtiendo una suma de dinero en la adquisición de un bien cuyo uso requiere el usuario. En eso consiste precisamente la causa de financiación que se analizará más adelante. Todo lo anterior nos lleva a la conclusión de

misma relación jurídico-material. La concepción unitaria, en cambio, es compatible con las dos concepciones de litis consorcio pasivo necesario, al entenderse que las tres partes conforman una misma relación jurídico-material, constituida por el contrato trilateral de leasing financiero.

⁹⁹⁹ DE LA CUESTA RUTE, ob. cit. (*Reflexiones...*), p. 585.

que existe una relación jurídica de naturaleza contractual entre el usuario y el proveedor.¹⁰⁰⁰

En cuanto a la calificación de dicha relación contractual, debemos partir de la base que se trata de una relación contractual atípica, ya que no calza exactamente en ninguno de los tipos regulados en el ordenamiento español. No es una compraventa, ya que el dominio será transferido a la empresa de leasing. Sin embargo, se puede advertir que se asemeja mucho a la relación jurídica existente entre un comprador y un vendedor,¹⁰⁰¹ lo que se deduce de varios antecedentes: lo que celebra el proveedor con la empresa de leasing es un contrato de compraventa; el usuario negocia y pacta con el proveedor los elementos esenciales de dicho contrato, y tal negociación se produce en los mismos términos que lo haría un comprador y un vendedor;¹⁰⁰² después de que la empresa de

¹⁰⁰⁰ Los antecedentes expuestos resultan insoslayables incluso para los seguidores de la concepción bipartita. Tanto es así que algunos autores han llegado a sugerir la existencia de una relación jurídica entre usuario y proveedor, aunque basada en el efecto de las cláusulas de exoneración y subrogación, sin llegar a calificar dicha relación como contractual. Ver a este respecto LÓPEZ FRÍAS, ob. cit. (*Sentencia...*), p. 111, quien reconoce que una vez que la empresa de leasing financia la operación prácticamente “desaparece” de la relación jurídica, que se da entre los “verdaderos interesados”, proveedor y usuario, que califica como *contratantes mediatos*, sugiriendo incluso la existencia de responsabilidad contractual del proveedor por incumplimiento a favor del usuario de las obligaciones emanadas del contrato de compraventa, basada en las cláusulas de exoneración y subrogación y, sobre todo, en la conexión existente entre los contratos de compraventa y leasing; MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, ob. cit., p. 222 (Nota N° 8) y 231; PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, ob. cit., p. 595; RODRÍGUEZ-ROVIRA, ob. cit., p. 1.178; ROJO AJURIA, ob. cit. (*La responsabilidad...*), p. 2.031, quien también habla de *contratantes mediatos* en base a la conexidad; VARA DE PAZ, ob. cit., p. 196.

¹⁰⁰¹ BRESLAUER, ob. cit., p. 322 y 330, en base a las secciones 2A-103(1)(g), 2A-407 y 2A-209 UCC y de la función financiera del concedente; DE LA CUESTA RUTE, ob. cit. (*Reflexiones...*), p. 605-606, para quien el *animus* del usuario es idéntico al que lleva a un empresario a comprar el bien, aunque mediante un mecanismo diverso de financiación; LLAMAS POMBO, Eugenio, *La compraventa*. La Ley, Madrid, 2014, p. 113, que menciona el leasing entre las figuras contractuales que se asemejan a la compraventa porque “también se prevé el intercambio de un bien y su valor pecuniario, pero no son (al menos, rigurosamente) reconducibles al modelo de la compraventa”.

¹⁰⁰² En este sentido, BRESLAUER, ob. cit., p. 326, quien expresa que la negociación previa se parece más a la que se produce entre un comprador y un vendedor que a la de un proveedor y un usuario; MARÍN LÓPEZ, ob. cit. (*Comentario a la STS de 26 de febrero de 1996*), p. 761; PURCARO, ob. cit. (*El problema...*), p. 548; REAL PÉREZ, ob. cit. (“Leasing...”), p. 508; UNITED STATES ACHIEVEMENT ACAD., LLC v. PITNEY BOWES, INC., United States District Court for the Eastern District of Kentucky, 18 de octubre de 2006, donde la Corte analizó la diferencia de poder negociador entre usuario y proveedor para calificar o no como abusiva una cláusula del contrato de compraventa, debido a que ellos negociaron las cláusulas relativas a la enajenación del bien. En este sentido, vale la pena hacer presente que se ha hecho más o menos usual decir que el usuario “adquiere el bien mediante leasing”, o que pagará el precio “mediante leasing”, lo que da cuenta de una actitud del usuario, que “se siente” comprador del bien y se comporta como tal. Destacan este punto

leasing financia la operación no es ésta, sino el usuario, quien observa el comportamiento propio de un comprador;¹⁰⁰³ las obligaciones referidas al bien son cumplidas por el vendedor (proveedor) a favor del usuario (y no a favor de quien aparece como comprador)¹⁰⁰⁴ y, correlativamente, lo que ejerce el usuario cuando demanda al proveedor son los remedios propios de un comprador;¹⁰⁰⁵ es el usuario quien soporta los

CHINDEMI, ob. cit. (*Invalidità...*), p. 326; CHINDEMI, ob. cit. (*Trilateralità...*), p. 188; GORGONI, ob. cit. (*Sulla qualificazione...*), p. 480; PURCARO, ob. cit. (*La locazione...*), p. 25 y 70; PURCARO, ob. cit. (*I problemi...*), p. 548. Lo mismo se desprende de los antecedentes de hecho de varias sentencias de distintas jurisdicciones. Ver al efecto, DIRECT CAPITAL CORP. v. NEW ABI, INC., Supreme Court of New York, Kings County, 4 de octubre de 2006; SCCI de 27 de julio de 2006 (17145); SCCI de 12 de marzo de 2004 (5125); STS de 26 de noviembre de 2003 (RJ 2003/8354), con comentario negativo en este punto de MARTÍN CASALS y RUDA GONZÁLEZ, ob. cit., p. 850; STS de 19 de enero de 2000 (RJ 2000/139); STS de 26 de febrero de 1996 (RJ 1996/1264); STS de 30 de abril de 1991 (RJ 1991/3115); STS de 23 de diciembre de 1999 (RJ 1999/9360); SCCI de 21 de enero de 1982 (397).

¹⁰⁰³ Ver DE LA CUESTA RUTE, ob. cit. (*Reflexiones...*), p. 605; MARÍN LÓPEZ, ob. cit. (*Comentario a la STS de 26 de febrero de 1996*), p. 761; MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, ob. cit., p. 224-225; NARDI, ob. cit., p. 294; REAL PÉREZ, ob. cit. (*"Leasing"...*), p. 508; RODRÍGUEZ-ROVIRA, ob. cit., p. 1.180, en referencia a las obligaciones de entrega y saneamiento. Ver también el supuesto de hecho de la SCCI de 16 de noviembre de 2007 (23794), en que durante el período de goce del bien en un leasing inmobiliario, fue necesario hacer una ampliación del bien, para lo cual la empresa de leasing celebró con un tercero un contrato de obra (*appalto*). Sin embargo, luego de ello, el usuario, sin intervención de la empresa de leasing, celebró un segundo contrato con el constructor, reduciendo el plazo de entrega de las obras y estableciendo compensaciones por terminación anticipada de las mismas, contrato cuya validez fue reconocida por la Corte de Casación. Ello viene a demostrar que, en los hechos, quien se comporta como propietario no es la empresa de leasing, sino que el usuario, a quien, en este caso le preocupaba tener el inmueble ampliado anticipadamente, aunque ello implicara pagar compensaciones al constructor.

¹⁰⁰⁴ Ver *supra* N° 28.1.2.

¹⁰⁰⁵ DÍAZ MUYOR, ob. cit., p. 401; REAL PÉREZ, ob. cit. (*"Leasing"...*), p. 508; IMBRENDA, ob. cit. (*Il leasing...*), p. 116; FIELDTECH AVIONICS & INSTRUMENTS, INC. v. COMPONENT CONTROL COM., INC., Court of Appeals of Texas, Second District, Fort Worth, 7 de agosto de 2008, caso en que el Tribunal afirmó que los derechos del usuario contra el proveedor están sujetos al art. 2 UCC, que es el que gobierna el contrato de compraventa suscrito por el usuario y la empresa de leasing. En similar sentido, UNIDROIT, ob. cit. (*Draft convention...*), p. 38-39 y 62, donde se justifica el establecimiento de la acción directa del usuario contra el proveedor en que, dada la existencia de los tratos directos entre ambos y la actuación eminentemente financiera de la empresa de leasing, es el proveedor quien está en mejores condiciones de satisfacer la reparación del usuario en caso de incumplimiento del contrato de compraventa. Sin perjuicio de lo anterior, es necesario hacer presente que la Convención estima no existir un vínculo contractual entre usuario y proveedor, por lo que la acción directa del primero contra el segundo se basa en la necesidad de otorgar al usuario un mecanismo de acción contra el proveedor de cara a la exoneración de la empresa de leasing, mecanismo que sin dicha acción directa de carácter legal no existiría (por no ser contrapartes contractuales). Por otra parte, puede advertirse que las más variadas tesis acerca de la naturaleza jurídica del leasing financiero terminan reconociendo al usuario los mecanismos de saneamiento de la compraventa, sea a través de la remisión del art. 1.553 del Código Civil, sea a

riesgos inherentes a la propiedad del bien, de los que la empresa de leasing se exonera con la finalidad de mantener una intervención estrictamente financiera;¹⁰⁰⁶ llegado el momento de la finalización del contrato financiero, y después de haber pagado la totalidad del precio del bien, el usuario puede ejercer su derecho de adquirir su propiedad.¹⁰⁰⁷ Todos estos antecedentes nos llevan a concluir que, si bien dicha relación directa es atípica, es indesmentible su analogía con la existente en la compraventa.

Lo anterior no debe llevar, sin embargo, a extremar el argumento hasta decir que existe un contrato de compraventa entre usuario y proveedor, teniendo la empresa de leasing una posición de mero financiador de dicha compraventa. Ello implica reducir el rol de la empresa de leasing a un simple prestamista, cuando en la realidad de la operación aquella asume un papel más intenso, ya que si bien su función es financiera, se implica más allá que un prestamista puro y simple, invirtiendo la suma financiada en la adquisición de la propiedad de un bien cuyo uso requiere el usuario, participando con las otras dos partes en la autoría de las reglas contractuales que regirán la relación trilateral, en virtud de la cual las tres partes asumen obligaciones respecto de las demás.¹⁰⁰⁸

través de las cláusulas de exoneración y subrogación, o sea, como en este trabajo, reconociendo una acción directa de naturaleza contractual.

¹⁰⁰⁶ DE LA CUESTA RUTE, ob. cit. (*Reflexiones...*), p. 535, 539 y 589; GRISAFI, ob. cit., p. 798 quien observa en este sentido que el derecho de propiedad del concedente está sustancialmente vacío, o de alguna manera fuertemente comprimido, mientras que el usuario goza plenamente del bien; IMBRENDA, ob. cit. (*Il leasing...*), p. 83 y 217, citando normas contables italianas e internacionales; MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, ob. cit., p. 224-225, quien afirma que la propiedad de la empresa de leasing queda bastante distorsionada por este motivo; NARDI, ob. cit., p. 294, quien por este motivo habla del “contenido negativo” que asume el derecho de propiedad de la empresa de leasing; PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, ob. cit., p. 595; PURCARO, ob. cit. (*La locazione...*), p. 116; SÁNCHEZ-PARODI PASCUA, ob. cit., p. 209.

¹⁰⁰⁷ Respecto de este punto, GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*Leasing financiero mobiliario...*), p. 170-171 advierte que la operación resulta habitualmente traslativa, ya que sería irónico que el usuario, después de restituir el precio del bien adelantado por la empresa de leasing, y soportando los riesgos inherentes a la propiedad no busque la adquisición total de ésta. En el mismo sentido; KRONKE, ob. cit., p. 323 apunta que la empresa de leasing típicamente no espera conservar la propiedad del bien al fin del contrato. Ver también DGRN, Resolución N° 8659/2016, de 28 de julio; DGRN, Resolución N° 1797/2005, de 29 de enero y DGRN, Resolución N° 8157/1998, de 26 de octubre en las que se expresa que la finalidad del leasing financiero es la de “*producir una transmisión gradual y fraccionada de las facultades y obligaciones inherentes al dominio, transmisión que no se consumará hasta la completa realización por el denominado arrendatario financiero de la contraprestación asumida*”.

¹⁰⁰⁸ IMBRENDA, ob. cit. (*Il leasing...*), p. 99; IMBRENDA, ob. cit. (*Leasing...*), p. 98; PURCARO, ob. cit. (*La locazione...*), p. 62, que destaca la poca coherencia de la tesis de la compraventa entre usuario y proveedor con la concepción bipartita; SCCI de 17 de mayo de 1991 (5571) y SCCI de 6 de mayo

Asimismo creo que se debe descartar la compraventa directa del proveedor al usuario porque el dominio del bien no es traspasado por el primero al segundo.¹⁰⁰⁹

En suma, a mi juicio, el vínculo existente entre usuario y proveedor constituye una relación jurídica de naturaleza contractual de carácter atípico, pero asimilable por analogía a la que existe entre un comprador y un vendedor, relación que se enmarca dentro del complejo de relaciones jurídicas entrecruzadas a que da lugar el contrato trilateral de leasing financiero. De ello se deriva como consecuencia que deben aplicarse a dicha relación jurídica (en subsidio de lo estipulado por las partes) los principios y normas de la compraventa, en específico, de la compraventa mercantil.¹⁰¹⁰

27. 4. 4.- Efecto de la relación jurídica en la legitimación del usuario contra el proveedor.

El principal efecto que para el objeto de este trabajo tiene el reconocimiento de la relación jurídica entre usuario y proveedor en los términos que propongo radica en que sobre esta base puede sustentarse la acción directa del primero en contra del segundo para ejercitar contra él todos los remedios que un comprador puede emplear contra su vendedor.

Estando dicha acción cimentada sobre una relación contractual propia con el sujeto pasivo, el usuario no tiene necesidad de recurrir a la subrogación en la posición de la empresa de leasing,¹⁰¹¹ que es la técnica utilizada en la concepción bipartita y que, como se ha visto, genera múltiples problemas de índole dogmático y práctico.¹⁰¹²

de 1986 (3023), donde se afirma que la causa del contrato unitario de leasing financiero no consiste en la adquisición de la propiedad de un bien con facilidades para el pago del precio, sino en el financiamiento para la adquisición de la disponibilidad inmediata del bien.

¹⁰⁰⁹ Respecto de la propiedad del bien ver *infra* N° 28.1.1.

¹⁰¹⁰ Si se trata de un leasing financiero internacional, la relación jurídica descrita se registrará por la CNUCCIM, cuando la convención resulte aplicable a la relación proveedor-usuario.

¹⁰¹¹ CHULIA VICENT y BELTRÁN ALANDETE, ob. cit., p. 52; GARCÍA GARNICA, ob. cit. (*El régimen jurídico...*), p. 210, Nota N° 74. Cabe hacer notar, sin embargo, que la escasa doctrina española que se ha pronunciado a favor de la tesis unitaria, luego de reconocer la relación jurídica entre usuario y proveedor que legitima a aquel frente a éste, igualmente basa tal legitimación en las cláusulas de exoneración y subrogación. Ver, por ejemplo, REAL PÉREZ, ob. cit. (*El leasing...*), p. 245 y 248; REAL PÉREZ, ob. cit. (*"Leasing"...*), p. 506.

¹⁰¹² Ver DI FORTUNATO, ob. cit., p. 14, Nota N° 21 quien, no obstante adscribir a la concepción bipartita, reconoce el mérito de la concepción unitaria de simplificar el problema de la tutela del usuario al reconocerle acciones directas contra el proveedor, en especial la acción resolutoria que le

En efecto, al no ser necesaria la cláusula de subrogación no se presentan los problemas derivados de la calificación de dicha cláusula como un caso de subrogación convencional del art. 1.209 CC, ni los problemas a que tal calificación da lugar, en especial los referidos a su disconformidad con el supuesto de hecho de dicha norma,¹⁰¹³ y su acomodo al requisito formal por ella exigido.¹⁰¹⁴ En este último aspecto, no se genera en la concepción unitaria el problema de falta de legitimación del usuario contra el proveedor en los casos de ausencia de cláusula de subrogación, y menos aún se plantean las cuestionables y hasta contradictorias soluciones ideadas en la concepción bipartita para salvar la situación, ya que el usuario no necesita de subrogación alguna al estar legitimado contra el proveedor en base a la relación contractual que ambos mantienen.

Dicha legitimación propia del usuario elimina también el problema derivado de la generalidad con que frecuentemente se redactan las cláusulas de subrogación, hecho que, sumado a la opinión más o menos mayoritaria en la concepción bipartita de que esta cláusula es la única forma de vincular jurídicamente a estos dos “terceros”,¹⁰¹⁵ muchas veces puede dejar dudas sobre las acciones que efectivamente puede ejercitar el usuario contra el proveedor. Ello es especialmente importante en lo que respecta a la acción resolutoria del contrato de compraventa, caso en que para eludir la aplicación del principio de efecto relativo del contrato y legitimar al usuario contra el proveedor en base a cláusulas de subrogación genéricas, la doctrina adherente a la concepción bipartita y el Tribunal Supremo recurren a argumentos muy débiles, entre los que destaca la invocación de un injustificadamente amplio efecto del art. 1.212 CC,¹⁰¹⁶ o el argumento de que la acción resolutoria se transmite al usuario por no estar expresamente excluida en la cláusula de subrogación genérica, o que esta cláusula “comprende indudablemente” la acción resolutoria (lo que en definitiva implica no dar argumento alguno).¹⁰¹⁷ En base a la

permite dejar sin valor la operación en su conjunto, derecho que tiene más problemas para ser reconocido en la concepción bipartita.

¹⁰¹³ Ver *supra* N° 22.2.3.

¹⁰¹⁴ Ver *supra* N° 22.2.4.

¹⁰¹⁵ Ver *supra* N° 22.2.1.

¹⁰¹⁶ Como se observó en su oportunidad, el efecto atribuido al art. 1.212 CC en la concepción bipartita es *más amplio que el más amplio* efecto otorgado por la doctrina especializada.

¹⁰¹⁷ Ver *supra* N° 22.2.7.

tesis que definiendo, en cambio, el usuario está indudablemente legitimado para ejercitar contra el proveedor la acción resolutoria, al ser parte ambos del contrato trilateral de leasing financiero, sin que se presenten, en consecuencia, las contradicciones derivadas de la aplicación del principio del efecto relativo del contrato, que sí tienen lugar en la tesis bipartita. El ejercicio de dicha acción tiene, en el marco de la concepción unitaria, los efectos que se verán más adelante, en especial el de litis consorcio pasivo necesario de la empresa de leasing, ya que el éxito de la acción resolutoria implica la ineficacia del contrato trilateral en su conjunto.¹⁰¹⁸

En cuanto al contenido de la legitimación, la tesis que propugno sí permite sostener la afirmación de que “el usuario puede ejercitar contra el proveedor todas las acciones que corresponden al comprador del bien”, que en el marco de la concepción bipartita se mantiene sin sustento, al basarse en la ya mencionada interpretación cuestionablemente amplia del art. 1.212 CC, que regula los efectos de la cláusula de subrogación convencional.¹⁰¹⁹

Asimismo, la legitimación fundamentada en una relación contractual tripartita elimina o al menos limita los problemas advertidos respecto de los requisitos de la cláusula de exoneración, en especial los derivados de la actuación dolosa o culpable de la empresa de leasing y del proveedor,¹⁰²⁰ así como los derivados de licitud de la cláusula de exoneración de la empresa de leasing.¹⁰²¹ Ello pues en la concepción unitaria tales problemas no se resuelven invalidando una cláusula de exoneración contenida en un contrato independiente del otro y haciendo responsable exclusivamente a la empresa de leasing (dejando al margen al proveedor), sino entendiendo que los riesgos relativos al bien recaen desde el principio en el usuario en virtud de un solo contrato tripartito, lo que implica que la solución a los problemas analizados, o bien deban ser solventados con el consentimiento de las tres partes, o bien deban ser zanjados en un mismo juicio entre las tres partes en el que se atribuya la responsabilidad de solución a quien haya actuado de

¹⁰¹⁸ Ver *infra* N° 41.2 y 43.

¹⁰¹⁹ Ver *supra* N° 22.2.6 y 22.2.7.

¹⁰²⁰ Ver *supra* N° 22.1.4 y 22.2.9.

¹⁰²¹ Ver *supra* N° 22.1.3.

forma antijurídica (que no siempre será la empresa de leasing) y, en los casos más graves, resolver y liquidar toda la operación en un solo juicio (con la intervención de las tres partes), sin que queden relaciones jurídicas pendientes.¹⁰²²

Creo que la fórmula propuesta otorga mayor seguridad jurídica a las partes de la operación, que no se verán expuestas a los problemas que se han analizado en el contexto de la concepción bipartita. Además, con ello resulta resguardado de mejor manera el carácter financiero de la operación, ya que la empresa de leasing disminuirá los casos en que deba tener que lidiar con problemas que son ajenos a su giro (los relativos al bien), quedando el usuario ampliamente legitimado contra el proveedor en virtud de la relación contractual que los une. Ello no significa que la empresa de leasing quede al margen de todo litigio, pues también puede verse implicada en uno cuando ella misma demande a alguna de las otras dos partes, o cuando se vea envuelta en un juicio entre usuario o proveedor en virtud del efecto de litis consorcio pasivo necesario.¹⁰²³ Como se analizó ya con anterioridad, en el marco de la concepción unitaria no existe problema para admitir tanto la tesis amplia como la tesis restringida del litis consorcio pasivo necesario.¹⁰²⁴ El problema consistirá en determinar en qué casos se configurará, asunto que será abordado en relación con las acciones que puede ejercitar el usuario contra el proveedor.¹⁰²⁵

Por último en este punto cabría hacer un alcance de carácter práctico en relación con la asistencia letrada del usuario: Hasta ahora una legitimación de las características planteadas no ha sido expresamente reconocida por la jurisprudencia, que sigue fundamentando las acciones del usuario contra el proveedor en las cláusulas de

¹⁰²² Debe recordarse que la solución planteada en la concepción bipartita para los casos mencionados pasa por entender inválida la cláusula de exoneración de la empresa de leasing y, en último término, permitir al usuario resolver el contrato de leasing propiamente dicho, quedando en ascuas la validez del contrato de compraventa, ya que se entiende que la resolución del primer contrato no conlleva la resolución del segundo. Ver al efecto *supra* N° 22.1.4 y 22.2.9.

¹⁰²³ PURCARO, ob. cit. (*La locazione...*), p. 78-82, para el caso de resolución de la compraventa; REAL PÉREZ, ob. cit. (*El leasing...*), p. 247; STS de 25 de junio de 1997 (RJ 1997/5210), referida a la acción resolutoria; SCCI de 12 de marzo de 2004 (5125), referida a una acción de reducción de precio, pero con declaración general de la Corte respecto de las acciones del usuario frente al proveedor.

¹⁰²⁴ Ver *supra* N° 15.4.

¹⁰²⁵ Ver *infra* N° 36 para la acción de cumplimiento, N° 39 para el saneamiento por evicción, N° 40.2 para el saneamiento por vicios ocultos, N° 42 para la acción resolutoria y N° 45.4 para la acción de indemnización de daños y perjuicios.

exoneración y subrogación. Por ello es que mientras no se produzca dicho reconocimiento, sería recomendable incluir en los contratos de leasing, *a mayor abundamiento*, las cláusulas de exoneración y subrogación, y en un eventual juicio del usuario contra el proveedor sería interesante fundamentar la legitimación del usuario en la relación contractual que mantiene con el sujeto pasivo y, *en subsidio*, argumentarla en base a las cláusulas de exoneración y subrogación (que a estas alturas es seguro que será admitida). Con ello se abriría el camino al reconocimiento jurisprudencial de la institución que defiende sin dejar al cliente en una situación de eventual desprotección.

27. 5.- La operación de leasing financiero tiene una causa única.

27. 5. 1.- Dualidad de causas en la concepción bipartita.

Como se expuso anteriormente, en el ámbito de la concepción bipartita del leasing financiero se suele dar por supuesta la existencia de dos contratos, sin determinar algún criterio que permita concluir la autonomía del contrato de leasing respecto del de compraventa. Sin embargo, si se amplía la mirada y se recurre a la doctrina *ius privatista* general se puede descubrir que el criterio mayoritariamente adoptado para establecer la existencia de uno o más contratos en una misma operación radica en la causa (si existe una sola causa, habrá un solo contrato; si existen varias causas, habrá varios contratos).¹⁰²⁶

Si bien el punto puede considerarse discutido al interior de la concepción bipartita,¹⁰²⁷ si se quiere ser consecuente con el planteamiento de la doctrina *ius privatista* debería concluirse que cada uno de los contratos que conforman la operación tiene su causa propia, es decir, que hay una auténtica causa de compraventa (causa de cambio de cosa por dinero¹⁰²⁸) independiente de una causa propia de leasing financiero. La causa de

¹⁰²⁶ Ver *supra* N° 14.1.2.

¹⁰²⁷ Ver *supra* N° 14.1.3, donde se expuso que tanto en España como en Italia hay quienes, adhiriendo a la concepción bipartita, han planteado la existencia de una causa única en la operación.

¹⁰²⁸ Ver, por todos, LLAMAS POMBO, ob. cit. (*La compraventa*), p. 113, para quien el núcleo causal central de la compraventa está constituido por una operación económica de intercambio entre un bien y un precio, que en atención a la naturaleza de los intereses en juego, merece el reconocimiento y la tutela de este negocio por parte del ordenamiento jurídico, y a la vez es el fundamento de las atribuciones patrimoniales que derivan del contrato.

Se debe recordar en este sentido, que la mayoría de la doctrina entiende que el contrato conexo al de leasing propiamente dicho merece la calificación de compraventa mercantil, sin ninguna especialidad. Ver al efecto *supra* N° 9. Allí se destacó también que la relación jurídica entre proveedor y empresa de leasing puede estar constituida por un contrato distinto al de compraventa

este último contrato ha sido objeto de ardua discusión,¹⁰²⁹ pero pueden agruparse las distintas posiciones en dos categorías: aquellas que consideran que en el contrato en cuestión existe una causa de cambio y aquella que estima que el contrato de leasing financiero propiamente dicho tiene una causa de carácter financiero.

La causa de cambio en el leasing financiero ha sido concebida como cambio de dinero por el goce del bien (tesis del arrendamiento),¹⁰³⁰ cambio de dinero por el bien mismo (tesis de la compraventa de bienes muebles a plazo), cambio de dinero por un hacer (tesis del mandato sin representación), o bien como una causa de cambio atípica.¹⁰³¹ Quienes así opinan no desconocen la función financiera del leasing, pero estiman que ella es un mero presupuesto económico sin influencia jurídica, por lo que no formaría parte de la causa del contrato de leasing propiamente dicho.¹⁰³²

Por otra parte están aquellos que resaltan el carácter financiero de la operación, aunque discrepan en la modalidad de financiación.¹⁰³³ En este grupo pueden estimarse

(un contrato de obra, por ejemplo), en cuyo caso la causa que concurrirá sería la propia del respectivo contrato, sin ninguna especialidad.

¹⁰²⁹ Ver *supra* N° 10.3, donde se analizaron las distintas posturas acerca de la naturaleza jurídica del contrato de leasing financiero propiamente dicho.

¹⁰³⁰ Ver STS de 20 de noviembre de 1999 (RJ 1999/8615), donde se dice expresamente que tanto en el leasing financiero como en el *lease-back* la causa “es el cambio de uso de la cosa por precio”.

¹⁰³¹ DE NOVA, ob. cit. (*Il contratto...*), p. 20 y 21; DI FORTUNATO, ob. cit., p. 11 y 16; STS de 1 de marzo de 2011 (RJ 2011/2615), que califica el contrato de leasing como un contrato complejo de cesión de uso con opción de compra; SCCI de 19 de febrero de 2008 (4235); SCCI de 2 de noviembre de 1998 (10926).

¹⁰³² CABANILLAS SÁNCHEZ, ob. cit. (*La naturaleza...*), p. 63, para quien la finalidad financiera del contrato de leasing propiamente dicho sólo determina que tenga el carácter de arrendamiento especial, ya que aquella se superpone a la causa del contrato, que sería la cesión onerosa del uso y disfrute del bien durante el plazo estipulado; DE NOVA, ob. cit., p. 20-21; JIMÉNEZ DE PARGA Y CABRERA y GISPERT PASTOR, ob. cit., p. 488, 495-496 y 503-504, para quienes la función de financiamiento tiene importancia sólo desde el punto de vista económico-financiero, pero al reconducir la operación económica a la mecánica contractual, dicha función es jurídicamente neutra ya que se trata de un motivo teleológico que mueve a las partes, pero que no forma parte de la causa jurídicamente hablando. En contra, GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*Leasing financiero mobiliario...*), p. 167-168, para quien esta posición escinde la causa (financiación) del instrumento jurídico a través del que se articula y alcanza.

¹⁰³³ Ver DGRN, Resolución N° 1797/2005, de 29 de enero, que sin pronunciarse expresamente por ninguna de las teorías señaladas, estima que el contrato de leasing propiamente dicho queda incluido “en la categoría de los contratos de financiación, distintos de aquellos con causa de cambio o de goce”.

comprendidas las tesis de la *fiducia cum creditore*, la tesis del préstamo y la tesis del contrato de financiación atípico.

Por mi parte, estimo que es esta última tesis la que más se acomoda a la realidad de la operación. Sin embargo, a diferencia de los defensores de dicha doctrina, creo que la causa de financiación que en ella se propugna no involucra sólo a usuario y empresa de leasing, sino a las tres partes de la operación, como se expondrá en los siguientes puntos.

27. 5. 2.- *Unidad de causa en la concepción unitaria.*

En el ámbito de la concepción unitaria se entiende que la operación de leasing financiero constituye una sola relación jurídico-económica de carácter trilateral, que desde el punto de vista jurídico tiene una causa única, la causa de financiación,¹⁰³⁴ que justifica la serie de relaciones jurídicas existentes entre las tres partes de la operación.¹⁰³⁵

Desde esta perspectiva, la base estructural del contrato trilateral de leasing financiero está en la financiación,¹⁰³⁶ es decir, en la erogación de una suma de dinero por parte de la empresa de leasing a favor del proveedor y que el usuario se compromete a restituir.¹⁰³⁷

De esta manera, por una parte la empresa de leasing eroga la suma de dinero solicitada por el usuario, pero la financiación a éste se efectúa de forma indirecta, ya que la prestación dineraria no se transfiere al sujeto directamente financiado (el usuario) como en

¹⁰³⁴ En el marco de la concepción unitaria hay consenso en la existencia de una causa financiera unitaria. Ver al efecto CHINDEMI, ob. cit. (*Nota...*), p. 733; CORBO, ob. cit., p. 187; DE PRADA GONZÁLEZ, ob. cit., p. 649; GORGONI, ob. cit. (*Sulla qualificazione...*), p. 478; GORGONI, ob. cit. (*Credito...*), p. 1.151; IMBRENDA, ob. cit. (*Il leasing...*), p. 88; IMBRENDA, ob. cit. (*Leasing...*), p. 86; PURCARO, ob. cit. (*Struttura...*), p. 356; REAL PÉREZ, ob. cit. (*El incumplimiento...*), p. 415; SAP de Guadalajara de 27 de noviembre de 1996 (AC 1996/2132), que no lo dice directamente, pero se puede deducir de dos afirmaciones: que el leasing financiero es un contrato trilateral con causa única; y que dicho contrato pertenece al género de los contratos de financiación.

¹⁰³⁵ PURCARO, ob. cit. (*Struttura...*), p. 355-357; SAP de Guadalajara de 27 de noviembre de 1996 (AC 1996/2132).

¹⁰³⁶ Respecto de la definición de financiación y la diferencia entre contrato de crédito y contrato de financiación, ver *supra* N° 10.3.6, conceptos que son aplicables tanto en el contexto de la concepción bipartita como de la unitaria.

¹⁰³⁷ IMBRENDA, ob. cit. (*Il leasing...*), p. 78-79; IMBRENDA, ob. cit. (*Leasing...*), p. 76, quien destaca que la dimensión trilateral del leasing se cruza con la noción de financiamiento, entendida como secuencia que se inicia y termina con el dinero, constituyéndose la empresa de leasing como centro de la imputación de la prestación dineraria, ya que por una parte lo eroga a favor del proveedor y por otra parte lo recupera del usuario.

el préstamo de dinero, sino que se destina a la adquisición del bien por parte del financista (en las condiciones que el usuario pactó previamente con el proveedor¹⁰³⁸), a fin de que el usuario pueda acceder al uso de dicho bien sin adquirir necesariamente la propiedad,¹⁰³⁹ ya que ésta será ostentada por la empresa de leasing. Esta fórmula financiera permite al usuario utilizar el bien como si fuera suyo, sin haberlo adquirido y, por lo tanto, sin haber tenido que desembolsar de una vez su precio,¹⁰⁴⁰ pero con la posibilidad de convertirse en propietario una vez que haya restituido a la empresa de leasing la suma de dinero que ésta pagó al proveedor como precio de adquisición. De esta forma, lo que la empresa de leasing financia al usuario es el uso del bien y la posibilidad de adquirir la propiedad del mismo.¹⁰⁴¹

Por otra parte, el usuario se obliga a restituir a la empresa de leasing la suma financiada, dividida en un número determinado de cuotas (más la carga financiera e impuestos aplicables).¹⁰⁴² En definitiva, se obliga a reembolsar el precio pagado al proveedor.¹⁰⁴³ Puede advertirse de lo dicho que las cuotas no constituyen la

¹⁰³⁸ Ver PURCARO, ob. cit. (*Struttura...*), p. 357, quien destaca que el hecho de que el pago del precio del bien será financiado por la empresa de leasing forma parte del pacto previo entre usuario y proveedor.

¹⁰³⁹ CHINDEMI, ob. cit. (*Trilateralità...*), p. 186; CORBO, ob. cit., p. 189; DE PRADA GONZÁLEZ, ob. cit., p. 649; GORGONI, ob. cit. (*Credito...*), p. 1.153-1.154; IMBRENDA, ob. cit. (*Il leasing...*), p. 79, 85, 88 y 94; IMBRENDA, ob. cit. (*Leasing...*), p. 76 y 83-84, 86 y 94; PURCARO, ob. cit. (*Struttura...*), p. 357 y 358; REAL PÉREZ, ob. cit. (*El incumplimiento...*), p. 405-406; SCCI de 17 de mayo de 1991 (5571), donde se afirma que la causa del contrato unitario de leasing financiero consiste en el financiamiento para la adquisición de la disponibilidad inmediata del bien, por medio del cual el usuario obtiene un incremento patrimonial mediante el empleo de la suma de dinero de parte de un tercero (la empresa de leasing), con la consiguiente obligación de restituir la suma invertida; SCCI de 6 de mayo de 1986 (3023).

¹⁰⁴⁰ CORBO, ob. cit., p. 190.

¹⁰⁴¹ GORGONI, ob. cit. (*Credito...*), p. 1.152; IMBRENDA, ob. cit. (*Il leasing...*), p. 94; IMBRENDA, ob. cit. (*Leasing...*), p. 94 aclara que la esencia del financiamiento en el leasing radica en la posibilidad de beneficiarse de la disponibilidad inmediata del bien y diferir eventualmente su adquisición; PURCARO, ob. cit. (*La locazione...*), p. 138; PURCARO, ob. cit. (*Struttura...*), p. 358.

¹⁰⁴² CHINDEMI, ob. cit. (*Trilateralità...*), p. 192; CHINDEMI, ob. cit. (*Nota...*), p. 733; CORBO, ob. cit., p. 189; GORGONI, ob. cit. (*Credito...*), p. 1.154; GORGONI, ob. cit. (*Sulla qualificazione...*), p. 479; IMBRENDA, ob. cit. (*Il leasing...*), p. 79 y 86; IMBRENDA, ob. cit. (*Leasing...*), p. 76 y 84; PURCARO, ob. cit. (*Struttura...*), p. 357; REAL PÉREZ, ob. cit. (*El incumplimiento...*), p. 406; SCCI de 6 de mayo de 1986 (3023).

¹⁰⁴³ GORGONI, ob. cit. (*Sulla qualificazione...*), p. 479.

contraprestación por el uso del bien¹⁰⁴⁴ ni se valoran en función del valor de mercado de dicho uso,¹⁰⁴⁵ por lo que ambas prestaciones no tienen conexión causal directa (no hay causa de cambio de precio por goce del bien), lo que justifica el principio de irrevocabilidad e independencia¹⁰⁴⁶: si ambas prestaciones están desvinculadas causalmente, las patologías de una no afectan a la otra, debiendo el usuario dirigirse contra el proveedor, ya que además el usuario asume los riesgos del bien y el riesgo de incumplimiento del proveedor.¹⁰⁴⁷

Por último, el proveedor recibe de la empresa de leasing el precio del bien al contado, y a cambio escinde sus obligaciones de vendedor, ya que por una parte transfiere el dominio del bien a la empresa de leasing, pero por otra parte se obliga a entregar dicho bien al usuario y a cumplir respecto de éste las demás obligaciones que tiene en su calidad de vendedor,¹⁰⁴⁸ lo que permite al usuario utilizar el bien tal como si fuera su comprador, sin serlo, pero con la ya advertida posibilidad de convertirse en dueño del bien una vez que termine de pagar la suma financiada por la empresa de leasing. Esta escisión de obligaciones hace que la relación contractual entre proveedor y empresa de leasing no sea una compraventa típica, sino que se enmarque en una relación trilateral con causa única.

De lo dicho puede advertirse la distinta configuración de la causa de cambio y de la causa de financiamiento: en la primera el interés de las partes está en la adquisición de la cosa o del goce de la cosa a cambio de un precio, mientras que la segunda implica la inversión de una suma de dinero en la satisfacción del interés del financiado directo, comprometiéndose éste a restituir la suma financiada.¹⁰⁴⁹

¹⁰⁴⁴ CHINDEMI, ob. cit. (*Trilateralità...*), p. 192; CHINDEMI, ob. cit. (*Nota...*), p. 733; CORBO, ob. cit., p. 187; GORGONI, ob. cit. (*Sulla qualificazione...*), p. 479; PURCARO, ob. cit. (*La locazione...*), p. 100.

¹⁰⁴⁵ IMBRENDA, ob. cit. (*Il leasing...*), p. 86; IMBRENDA, ob. cit. (*Leasing...*), p. 84-85.

¹⁰⁴⁶ PURCARO, ob. cit. (*La locazione...*), p. 100-101. El principio de irrevocabilidad e independencia fue analizado *supra* N° 22.1.5.

¹⁰⁴⁷ Ver *infra* N° 28.2.5. y 28.2.6.

¹⁰⁴⁸ SCCI de 12 de marzo de 2004 (5125) y SCCI de 26 de enero de 2000 (854).

¹⁰⁴⁹ IMBRENDA, ob. cit. (*Il leasing...*), p. 81, Nota N° 212; IMBRENDA, ob. cit. (*Leasing...*), p. 78, Nota N° 248; SCCI de 6 de mayo de 1986 (3023).

De ello se deriva que no existe una relación con causa de cambio (en definitiva, una compraventa) entre proveedor y usuario.¹⁰⁵⁰ La relación entre ellos no se da en los términos de adquisición de la cosa a cambio de un precio, ya que ni el proveedor transmite el dominio al usuario (sino a la empresa de leasing) ni el usuario paga el precio directamente al proveedor. Más bien, el usuario contrata los servicios de un intermediario financiero cuya función es pagar el precio del bien al proveedor, a cambio de lo cual éste efectúa prestaciones a favor de las otras dos partes, como acaba de verse. De entre dichas prestaciones, la transferencia del dominio del bien por parte del proveedor a la empresa de leasing tampoco transforma la causa financiera en causa de cambio,¹⁰⁵¹ ya que dicha transferencia es funcional al financiamiento: es la forma de inversión del capital que el usuario eligió y determina su acceso al uso del bien por medio del cumplimiento de las obligaciones que el proveedor asume directamente a su favor.

Tampoco se transforma la causa a traslativa o de cambio por el hecho de que el usuario llegue a ser propietario del bien producto del ejercicio de la opción de compra. En primer lugar, porque dicha transferencia de dominio tiene carácter eventual, ya que al celebrarse el contrato (que es cuando debe concurrir la causa) no se sabe aún si el usuario ejercerá o no la opción.¹⁰⁵² En segundo lugar, porque la situación creada por la opción de compra sólo demuestra que una vez realizada la causa financiera (es decir, satisfecho el reembolso de la suma financiada), la empresa de leasing suele perder interés en la conservación del bien, por haber ya recuperado la inversión y haber obtenido su

¹⁰⁵⁰ IMBRENDA, ob. cit. (*Il leasing...*), p. 93-94; IMBRENDA, ob. cit. (*Leasing...*), p. 92-93, quien aclara que ello reconduciría el leasing financiero al préstamo para la adquisición del bien.

¹⁰⁵¹ CHINDEMI, ob. cit. (*Trilateralità...*), p. 193; GORGONI, ob. cit. (*Sulla qualificazione...*), p. 479; PURCARO, ob. cit. (*Struttura...*), p. 358-359.

¹⁰⁵² Al momento de perfeccionarse el contrato sólo puede hablarse de una probabilidad más o menos cierta de que el usuario ejercite la opción de compra (éste ha sido uno de los argumentos para desechar la tesis de la compraventa de bienes muebles a plazo, según se expuso *supra* N° 10.3.3). Dicha probabilidad no puede tomarse como fundamento para establecer la causa del contrato, como hace la doctrina y jurisprudencia italianas al distinguir entre leasing de goce y leasing traslativo (ver *supra* N° 2.6), ya que durante la etapa de ejecución del contrato puede suceder una multiplicidad de eventos que impulsen al usuario a ejercitar o no la opción. Si adhiriésemos al criterio mencionado, llegaríamos a la conclusión de que el contrato puede nacer con una causa, pero que ésta puede mutar en el camino. Así, por ejemplo, debería decirse que un contrato de leasing que nace con causa traslativa (porque se entiende que convendrá al usuario ejercitar la opción de compra) puede transformar su causa a goce del bien si al finalizar la etapa de ejecución el usuario termina no ejercitando la opción de compra debido a que por cualquier motivo no le conviene la adquisición llegado el momento. Esta conclusión no parece razonable.

remuneración. El interés de la empresa de leasing de enajenar el bien al terminar el contrato (o, más bien, la falta de interés en conservar un bien ya rentabilizado y ajeno a su giro) no se pone en relación de causalidad (sino de mera casualidad) con el interés del usuario de adquirir la propiedad del bien, que puede o no aparecer una vez pagada la suma financiada, es decir, realizada la causa financiera. Ello demuestra que la causa financiera se desarrolla normalmente, sea que el usuario adquiera la propiedad del bien o no lo haga.¹⁰⁵³

27. 5. 3.- Diferencias entre ambos enfoques.

Puede advertirse que, en términos muy generales, el planteamiento aquí defendido no es muy distinto al de la tesis del contrato de financiación atípico, donde también se ha reconocido la existencia de una causa de financiación.¹⁰⁵⁴ Sin embargo, hay diferencias esenciales entre ambas propuestas, según se verá a continuación.

La tesis del contrato de financiación atípico se plantea en el contexto de la concepción bipartita, lo que implica considerar que la causa de financiación concurre sólo en el contrato de leasing propiamente dicho, de forma que el usuario es el único financiado en la operación. En consecuencia, se excluye al proveedor del alcance de la financiación, ya que el contrato entre éste y la empresa de leasing se concibe como una

¹⁰⁵³ PURCARO, ob. cit. (*Struttura...*), p. 357. En similar sentido, GORGONI, ob. cit. (*Sulla qualificazione...*), p. 479, quien estima que en el leasing financiero la transferencia de la propiedad del bien al usuario no es esencial, ya que se trata de un contrato con causa financiera en el que lo fundamental es el financiamiento prestado por la empresa de leasing al usuario, siendo indiferente que finalmente adquiera o no la propiedad del bien.

¹⁰⁵⁴ A favor de la causa de financiación en el contrato de leasing propiamente dicho se han pronunciado BUITRAGO RUBIRA, ob. cit. (*El leasing mobiliario...*), p. 88; CLARIZIA, ob. cit., (*La locazione...*), p. 240-244; CORTÉS, ob. cit., p. 547; DE PRADA GONZÁLEZ, ob. cit., p. 643 y 649, aunque aclara que se utiliza en el desarrollo del contrato elementos de contratos de cambio como la compraventa y el arrendamiento; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, ob. cit., p. 312-313; GARCÍA GARNICA, ob. cit. (*El régimen jurídico...*), p. 177 y 179-180; GARCÍA GARNICA, ob. cit., (*Comentario...*), p. 789; GARCÍA SOLÉ, ob. cit. (*La subrogación...*), p. 1.063; GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*Leasing financiero mobiliario...*), p. 166; GONZÁLEZ VÁSQUEZ, ob. cit., p. 1.284; GUTIÉRREZ GILSANZ, ob. cit., p. 73, 204 y 228, para quien la causa del contrato no es meramente financiera, sino mixta o compleja; RODRÍGUEZ-ROVIRA, ob. cit., p. 1.182; VARA DE PAZ, ob. cit., p. 198, para quien dicha causa de financiación reúne en una sola las causas de los tres instrumentos que se utilizaban para conseguir la misma finalidad del leasing (contrato de crédito, contrato de garantía y contrato de compraventa), aunque observa una tendencia jurisprudencial a darle mayor preeminencia al elemento uso del bien (p. 199ss); VILLAR URIBARRI, ob. cit., p. 95; SAP de Cantabria de 15 de enero de 1997 (AC 1997/102). Ver también DGRN, Resolución N° 1797/2005, de 29 de enero.

compraventa mercantil común y corriente,¹⁰⁵⁵ con causa propia, que lo transforma en un contrato conexo al contrato de financiación e instrumental a él, por ser el medio a través del que se obtiene la disponibilidad del bien.¹⁰⁵⁶

En el ámbito de la concepción unitaria, en cambio, se entiende que la causa de financiación es una sola para toda la operación, e involucra a las tres partes,¹⁰⁵⁷ dando lugar a un solo contrato trilateral. De esta forma la causa unitaria no sólo alcanza a la relación usuario – empresa de leasing, sino que involucra también a la adquisición del bien.¹⁰⁵⁸ En este sentido se dice que la función de financiamiento del leasing satisface el interés de los tres participantes,¹⁰⁵⁹ y tiene carácter bidireccional. Por una parte se financia al usuario que no tiene liquidez para adquirir el bien (o que por un tema de planificación comercial no desea invertir en su adquisición) a través de una erogación de dinero por parte de la empresa de leasing al proveedor, a fin de que el usuario pueda utilizar el bien sin necesidad de adquirir su dominio, a cambio de su reembolso a plazo y una remuneración a título de intereses.¹⁰⁶⁰ Pero la financiación alcanza también al proveedor, que necesita colocar sus productos en el mercado para así poder renovar su producción, ya que por medio del leasing obtiene el pago del precio al contado, sin necesidad de otorgar él mismo el financiamiento que necesita el usuario, de manera que la interposición de la empresa de leasing coadyuva al incremento de la actividad comercial del proveedor.^{1061 1062}

¹⁰⁵⁵ Ver *supra* N° 9.

¹⁰⁵⁶ Ver *supra* N° 10.3.6.

¹⁰⁵⁷ PURCARO, ob. cit. (*Struttura...*), p. 357

¹⁰⁵⁸ IMBRENDA, ob. cit. (*Il leasing...*), p. 88; IMBRENDA, ob. cit. (*Leasing...*), p. 86.

¹⁰⁵⁹ CORBO, ob. cit., p. 187; IMBRENDA, ob. cit. (*Il leasing...*), p. 79, Nota N° 205; IMBRENDA, ob. cit. (*Leasing...*), p. 76, Nota N° 241; REAL PÉREZ, ob. cit. (*El incumplimiento...*), p. 405-406.

¹⁰⁶⁰ GORGONI, ob. cit. (*Sulla qualificazione...*), p. 480; GORGONI, ob. cit. (*Credito...*), p. 1.151; PURCARO, ob. cit. (*La locazione...*), p. 24.

¹⁰⁶¹ CORBO, ob. cit., p. 191; GORGONI, ob. cit. (*Sulla qualificazione...*), p. 480; GORGONI, ob. cit. (*Credito...*), p. 1.151-1.153, quien agrega que de esta forma el proveedor puede evitar situaciones de iliquidez que puedan llevarlo a él mismo tener que pedir financiamiento para poder continuar con su actividad; PURCARO, ob. cit. (*I problemi...*), p. 555; PURCARO, ob. cit. (*Struttura...*), p. 356.

¹⁰⁶² Cabe recordar a este respecto que los defensores de la concepción bipartita no desconocen que el leasing financiero satisface también el interés del proveedor, pero, al hacer la separación entre aspecto económico y aspecto jurídico de la operación (ver *supra* N° 11), reducen este interés a un mero dato económico carente de influencia jurídica, y por tanto, sin influencia sobre la causa.

De esta manera, la relación proveedor – empresa de leasing no tiene una causa distinta de la relación empresa de leasing – usuario.¹⁰⁶³ Ello resulta reafirmado porque, aunque aplicásemos a la operación la lógica bipartita, deberíamos concluir que en ambos contratos existe una sola prestación monetaria, ya que la suma de dinero que la empresa de leasing paga al proveedor a título de precio de compraventa es la misma que el usuario debe reembolsar a la empresa de leasing a título de precio total del contrato de leasing, sólo que se le añaden algunos ítems adicionales propios de los contratos de financiación (carga financiera e impuestos de recargo) y se distribuye en cuotas. Si a ello sumamos el hecho de que los dos contratos tienen como objeto un mismo bien, la unidad queda aun más clara.¹⁰⁶⁴

27. 6.- La concepción unitaria es coherente con el principio de efecto relativo del contrato.

Como último antecedente a favor de la unidad contractual cabe poner de manifiesto que la concepción unitaria no presenta fricciones con el principio de efecto relativo del contrato, las que sí son ostensibles en la concepción bipartita, ya que dicho principio no es compatible ni con la configuración de la conexión contractual que en ella se

¹⁰⁶³ Ver GORGONI, ob. cit. (*Ancora...*), p. 1.366, Nota N° 13; GORGONI, ob. cit. (*Sulla qualificazione...*), p. 476-477, quien afirma que el contrato de leasing propiamente dicho no tiene una causa propia que le permita subsistir de forma autónoma, ya que sin la compraventa no cumple ninguna función. Ello se justificaría porque el bien que es objeto del contrato de leasing no puede ser cualquiera, sino sólo aquel elegido por el usuario (cuyas características, precio y condiciones de entrega pactó directamente con el proveedor), y que debe ser adquirido por la empresa de leasing para el solo efecto de darlo en goce al usuario. En base a ello sostiene que sólo podría estimarse que el contrato de leasing propiamente dicho existe autónomamente si la empresa de leasing cediera al usuario el goce de un bien que ya tiene en su patrimonio, pero en este caso estaríamos frente a un contrato de arrendamiento común. Ver también PURCARO, ob. cit. (*I problemi...*), p. 556-557, para quien el contrato de leasing no conserva su autonomía (causa propia y correspondencia con el tipo respectivo), ya que no respeta el tipo negocial al que supuestamente pertenece, el arrendamiento, debido a que las rentas consisten fundamentalmente en el reembolso del precio pagado a una persona distinta del arrendador.

¹⁰⁶⁴ En este sentido IMBRENDA, ob. cit. (*Il leasing...*), p. 88; IMBRENDA, ob. cit. (*Leasing...*), p. 86 y PURCARO, ob. cit. (*Struttura...*), p. 359 afirman que en definitiva el financiamiento se funda en una singular sucesión circulatoria del bien y de la suma de dinero, en la que participan las tres partes de la operación.

propugna, ni con los efectos que en ella se generan, dando lugar a contradictorias argumentaciones que, por un lado invocan el principio, pero por otra lo dejan de lado.¹⁰⁶⁵

La concepción unitaria, por su parte, concibe la existencia de un solo contrato plurilateral para cuya conformación resulta esencial el consentimiento de las tres partes,¹⁰⁶⁶ revistiendo especial importancia el consentimiento del proveedor (que es aquel cuya esencialidad niega la tesis bipartita), que se manifiesta en el pacto previo que celebra con el usuario sobre los elementos fundamentales de la enajenación del bien a la empresa de leasing, sin el cual ésta carecería de la determinación de los elementos que integran el contenido del contrato de compraventa y del contrato de leasing.¹⁰⁶⁷

Luego de perfeccionado el contrato, las tres partes intervienen en su ejecución, generándose relaciones y legitimaciones recíprocas cuya configuración se estructura sobre la base de la calidad de contrapartes de todos ellos, sin que se presente el problema de la producción de efectos respecto de terceros.¹⁰⁶⁸

28.- OBLIGACIONES DE LAS PARTES EN BASE A LA ESTRUCTURA UNITARIA.

Una vez expuestos los argumentos que permiten concebir la operación de leasing financiero como unitaria, es posible reconfigurar el entramado de obligaciones que recíprocamente asumen las partes. Ello permitirá confirmar que no estamos frente a dos contratos con estructura obligacional bilateral, sino frente a una sola unidad jurídica donde cada parte se obliga frente a las otras dos.

28. 1.- Obligaciones del proveedor.

28. 1. 1.- Obligaciones frente a la empresa de leasing.

Como se advirtió con anterioridad, las obligaciones que asume el proveedor son las propias de un vendedor, con la particularidad de que en la estructura unitaria que definiendo una de dichas obligaciones es cumplida a favor de la empresa de leasing mientras que las restantes son cumplidas a favor del usuario. En este esquema la

¹⁰⁶⁵ Ver *supra* N° 16.

¹⁰⁶⁶ CHINDEMI, ob. cit. (*Invalidità...*), p. 326; CHINDEMI, ob. cit. (*Trilateralità...*), p. 186-187; PURCARO, ob. cit. (*La locazione...*), p. 8 y 13.

¹⁰⁶⁷ PURCARO, ob. cit. (*La locazione...*), p. 69-72.

¹⁰⁶⁸ IMBRENDA, ob. cit. (*Leasing...*), p. 101; PURCARO, ob. cit. (*La locazione...*), p. 53-54.

obligación que asume el proveedor a favor de la empresa de leasing es la de transferirle el dominio del bien. Como accesoria a esta obligación, el proveedor asume la obligación de saneamiento de la evicción, a menos que sea excluida en el contrato de compraventa. Sin embargo, el ejercicio de las acciones correspondientes a este saneamiento será asumido por el usuario, como se verá.¹⁰⁶⁹

Si bien no toca el corazón de nuestro objeto de estudio, vale la pena siquiera mencionar la polémica existente respecto de la titularidad del derecho de propiedad sobre el bien. Para algunos, la propiedad real y sustancial del bien recae en el usuario.¹⁰⁷⁰ Sin embargo, para una abrumadora mayoría de la doctrina y de la jurisprudencia la propiedad recae sobre la empresa de leasing¹⁰⁷¹ (y así se explicita en los contratos de leasing¹⁰⁷²),

¹⁰⁶⁹ Ver *infra* N° 39.

¹⁰⁷⁰ FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, ob. cit., p. 211 y 216. Cabría aquí citar también a los adherentes a la tesis del negocio fiduciario (ver *supra* N° 10.3.4), para quienes la empresa de leasing adquiere una titularidad meramente fiduciaria.

¹⁰⁷¹ CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, ob. cit., p. 329 y 334; DE PRADA GONZÁLEZ, ob. cit., p. 676; DELGADO CORDERO, ob. cit., p. 177; DÍAZ ECHEGARAY, ob. cit., p. 709 y 729; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, ob. cit., p. 309 y 325; GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*En torno...*), p. 1.779; ILLESCAS ORTIZ, ob. cit., p. 95; JIMÉNEZ DE PARGA Y CABRERA y GISPERT PASTOR, ob. cit., p. 492; PARRA LUCÁN, ob. cit. (*El leasing...*), p. XXIII; SÁNCHEZ CALERO, ob. cit., p. 20; SÁNCHEZ CALERO y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, ob. cit., p. 292 y 295. Este criterio ha sido refrendado por la jurisprudencia cuando se han acogido tercerías de dominio interpuestas por empresas de leasing frente a embargos del bien por parte de acreedores del usuario. Ver al efecto STS de 13 de julio de 2006 (RJ 2006/4967); STS de 14 de diciembre de 2004 (RJ 2004/8038); STS de 30 de diciembre de 2003 (RJ 2003/9000); STS de 28 de mayo de 2001 (RJ 2001/3873); STS de 2 de diciembre de 1999 (RJ 1999/9477); SAP de Cáceres de 14 de diciembre de 1998 (AC 1998/8480); SAP de Guadalajara de 27 de noviembre de 1996 (AC 1996/2132); STS de 18 de noviembre de 1983 (RJ 1983/6487). También se ha fallado en este sentido en sentencias que se pronuncian sobre otros extremos del leasing financiero, como en la STS de 19 de febrero de 2013 (RJ 2013/2568), en materia concursal; STS de 25 de enero de 2001 (RJ 2001/1001), para descartar la existencia de litis consorcio pasivo necesario del proveedor en un juicio de nulidad del contrato de leasing; STS de 16 de febrero de 1998 (RJ 1998/1165), donde se reconoció el dominio de la empresa de leasing en una situación de concurso; STS de 7 de febrero de 1995 (RJ 1995/1226), que ratificó el aporte de la “utilización y aprovechamiento comercial” (no del dominio) del bien por parte del usuario a una sociedad, por ser esto “lo que correspondía” al usuario en virtud del contrato de leasing; STS de 30 de junio de 1993 (RJ 1993/5336), en caso de leasing inmobiliario, caso en que, curiosamente, la empresa de leasing argumentó (sin éxito) que la propiedad estaba radicada en el usuario; STS de 26 de junio de 1989 (RJ 1989/4786), donde se utiliza la propiedad del bien por parte de la empresa de leasing para fundamentar la doctrina del litis consorcio pasivo necesario en caso de resolución del contrato de compraventa. Así también se desprende de la regulación del leasing financiero en el caso de concurso del usuario. Ver al efecto DE LA CUESTA RUTE, José María, *El contrato de leasing y el concurso de acreedores del usuario*. En AA.VV., “Derecho de sociedades y concurso. Cuestiones de actualidad en un entorno de crisis”. Sonia Rodríguez Sánchez (coord.), Daniel Roque Vitolo (dir.), José Miguel Embid Irujo (dir.), Francisco José León Sanz (dir.), Comares, Granada, 2011, p. 542ss.

haciendo hincapié algunos en la función de garantía respecto de la obligación del usuario de pagar las cuotas.¹⁰⁷³ Por mi parte, creo que la propiedad real y sustancial (es decir, no meramente formal) del bien recae en manos de la empresa de leasing, sólo que el usuario puede optar por acceder a ella una vez satisfechas todas las cuotas y el valor residual, ya que llegado ese momento habrá reembolsado el precio del bien y satisfecho el interés financiero del financiador. Esta propiedad es consustancial a la actividad de la empresa de leasing (financiar el uso del bien y la eventual adquisición del dominio por parte del usuario), por lo que no asume el rol de propiedad meramente formal con fines de garantía,¹⁰⁷⁴ sin perjuicio de que *indirectamente* y de forma secundaria termine cumpliendo

Los textos de Derecho Uniforme también se decantan por estimar la propiedad del bien en manos de la empresa de leasing. Ver al efecto los arts. 1.1(a), 1.2(b), 7 y 13.2(a) CUAFI y arts. 9 y 24 LMUL. Así se desprende también del art. 576-1.1 y 576-3 letras c) y d) ACM. La situación es distinta en el UCC, ya que según dispone la sección 2A-103(1)(y) la empresa de leasing no sólo puede ser propietaria del bien, sino también arrendataria del mismo.

¹⁰⁷² Ver cláusulas transcritas en SAP de Madrid de 26 de junio de 2007 (AC 2007/1894); STS de 26 de junio de 1989 (RJ 1989/4786). Ver también *infra* N° 28.2.1, donde se mencionan las cláusulas de los contratos de leasing por medio de las cuales las empresas de leasing buscan resguardar su derecho de propiedad.

¹⁰⁷³ Ello tanto para los seguidores de la tesis bipartita como los de la tesis unitaria. Entre los primeros, CABANILLAS SÁNCHEZ, ob. cit. (*La configuración...*), p. 982; CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, ob. cit., p. 334; CRISTINA UDA, ob. cit., p. 109; DE NOVA, ob. cit., p. 43; DÍAZ ECHEGARAY, ob. cit., p. 725; GARCÍA GARNICA, ob. cit. (*El régimen jurídico...*), p. 232; GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*Leasing financiero mobiliario...*), p. 171 y 175-177; GONZÁLEZ VÁSQUEZ, ob. cit., p. 1.283 y 1.311; GUTIÉRREZ GILSANZ, ob. cit., p. 77; REAL PÉREZ, ob. cit. (*El incumplimiento...*), p. 406; SÁNCHEZ CALERO y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, ob. cit., p. 295; SANTOS SÁNCHEZ, ob. cit., p. 478; VARA DE PAZ, ob. cit., p. 196. Ver, además, STS de 26 de junio de 1989 (RJ 1989/4786); STSJ de Navarra de 22 de mayo de 1992 (RJ 1992/6198); SCCI de 21 de junio de 1993 (6862). En el ámbito de la tesis unitaria ver CHINDEMI, ob. cit. (*Trilateralità...*), p. 193; CHINDEMI, ob. cit. (*Nota...*), p. 733; DE LA CUESTA RUTE, ob. cit. (*Reflexiones...*), p. 609; GORGONI, ob. cit. (*Sulla qualificazione...*), p. 479; PURCARO, ob. cit. (*La locazione...*), p. 24, 73 y 92-93, donde señala que como consecuencia de esta calificación de la propiedad y de la función financiera de la empresa de leasing, en caso de resolución por incumplimiento del usuario y de falta de ejercicio de la opción de compra (caso en el que quedará por pagar el valor residual), la empresa de leasing debe imputar su crédito por el resarcimiento del daño o por la opción (según el caso) al valor del bien recuperado, y restituir al usuario el exceso; PURCARO, ob. cit. (*Struttura...*), p. 356 y 358-359 y 360; REAL PÉREZ, ob. cit. (*El incumplimiento...*), p. 406; REAL PÉREZ, ob. cit. (*"Leasing"...*), p. 507; SCCI de 12 de marzo de 2004 (5125); SCCI de 26 de enero de 2000 (854). Plantea dudas PARRA LUCÁN, ob. cit. (*La función...*), p. 2.225-2.229.

¹⁰⁷⁴ Consecuencialmente, no se le deben aplicar las normas de los derechos reales de garantía.

dicha función,¹⁰⁷⁵ ya que si el usuario no paga las cuotas, aquella podrá recuperar la tenencia del bien y resarcirse de las cuotas impagas vendiéndolo (no lo aprovechará por sí misma porque el bien es ajeno a su giro financiero), lo que en definitiva constituye una especulación y un riesgo, ya que dependiendo del plazo fijado en el contrato (que coincida o no con la vida útil del bien, o con su amortización contable) y del momento en que se produzca el incumplimiento, puede recuperar un porcentaje mayor o menor de la deuda.¹⁰⁷⁶

28. 1. 2.- Obligaciones frente al usuario.

En la estructura unitaria de la operación el proveedor asume frente al usuario obligaciones emanadas de dos fuentes.

Por una parte, en virtud del pacto previo celebrado entre usuario y proveedor, este último se obliga a vender el bien a la empresa de leasing elegida por el usuario, en las condiciones previamente acordadas con éste.¹⁰⁷⁷ Una situación un tanto distinta se dará en el denominado leasing a través de vendedor¹⁰⁷⁸ y en los casos en que la empresa de leasing forme parte del mismo grupo económico que el proveedor, o simplemente se trate de una

¹⁰⁷⁵ En este sentido la SAP de Guadalajara de 27 de noviembre de 1996 (AC 1996/2132) expresa que “la propiedad del arrendador financiero que aun no siendo un instituto con mera función de garantía también cumple ésta”.

¹⁰⁷⁶ En el mismo sentido, IMBRENDA, ob. cit. (*Il leasing...*), p. 88-94; IMBRENDA, ob. cit. (*Leasing...*), p. 87-94, para quien la empresa de leasing garantiza de otras formas la restitución del financiamiento (evaluación comercial del usuario, seguros, obligaciones impuestas a éste en el contrato, etc.), por lo que la propiedad del bien por parte de la empresa de leasing no cumple una mera función de garantía (porque de ese modo se acercaría la figura a una venta a plazos con reserva de la propiedad), sino que es funcional a la actividad que ésta realiza (el bien se destina al goce del usuario) y tiene carácter especulativo, ya que en definitiva depende de si el usuario ejercitará o no la opción de adquisición. En similar sentido, DE PRADA GONZÁLEZ, ob. cit., p. 649 estima que la compraventa no tiene carácter simulado o fiduciario, sino que se trata de un auténtico contrato de compraventa que no tiene sólo finalidad de garantía, ya que si así fuese la empresa de leasing debería devolver obligatoriamente el bien al usuario una vez satisfecha la financiación, lo que no es así. Por último, CORBO, ob. cit., p. 204 sostiene una posición ecléctica, al estimar que la propiedad cumple una función múltiple, ya que constituye el medio para obtener la remuneración del capital invertido, pero también cumple una función de garantía, aunque extremadamente débil, ya que la empresa de leasing podría tener dificultades para recolocar el bien en el mercado.

¹⁰⁷⁷ PURCARO, ob. cit. (*La locazione...*), p. 93 y 145. La existencia de esta obligación es reconocida por GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*Leasing financiero mobiliario...*), p. 146, no obstante ser partidario de la concepción bipartita. Ver además *supra* N° 27.4.1 y 27.5.2.

¹⁰⁷⁸ Respecto de este tipo de leasing ver *supra* N° 2.7. Respecto de la obligación de saneamiento de la evicción, ver *infra* N° 39.

empresa creada por el proveedor para financiar la venta de sus productos. En estos supuestos no es el usuario sino el proveedor quien elige la empresa de leasing, pero en lo demás la operación se desarrolla en los mismos términos en los que aquí se ha planteado, ya que de igual manera el proveedor debe vender el bien a la empresa de leasing. Por lo demás, en los casos mencionados queda aún más claro el carácter trilateral de la operación.¹⁰⁷⁹

Por otra parte, el proveedor se obliga a cumplir a favor del usuario todas las obligaciones que le corresponden como vendedor del bien,¹⁰⁸⁰ salvo la de transferir el dominio, ya que dicha obligación es asumida frente a la empresa de leasing, como se expuso en el punto anterior. De acuerdo a la calificación que he propuesto para la relación jurídica entre usuario y proveedor, en los ordenamientos que no regulan el leasing financiero las obligaciones a que se ha hecho referencia deben regirse por los principios y normas de la compraventa mercantil.¹⁰⁸¹

La obligación que a este respecto ha causado más controversia es la de entrega, que se tratará por separado en el punto siguiente.

28. 1. 3.- Referencia especial a la obligación de entregar el bien al usuario.

Antes de entrar en el análisis cabe hacer presente que al tratar este tema generalmente se hace referencia genérica a “la entrega”. Sin embargo, para un sector de la doctrina, al que adhiero, la entrega en la compraventa mercantil es un acto complejo, que supone dos etapas: la puesta a disposición por parte del vendedor y la recepción y aceptación por parte del comprador.¹⁰⁸² De allí que en este punto se estudiará sólo la obligación del proveedor, en cuanto vendedor, de poner el bien a disposición, es decir, de

¹⁰⁷⁹ Ver al efecto *supra* Nota N° 950.

¹⁰⁸⁰ Ver *supra* N° 27.4.2 y 27.5.2.

¹⁰⁸¹ Ver *supra* N° 27.4.3.

¹⁰⁸² LLAMAS POMBO, ob. cit. (*La compraventa*), p. 1.088 a 1.090; PABLO-ROMERO GIL-DELGADO, Concepción, *Contratos de intercambio de bienes*. En AA.VV., “Contratos Mercantiles”, J.M. de la Cuesta Rute (dir.) y E. Valpuesta Gastaminza (coord.), Bosch, Barcelona, 2009 (2º edición), Tomo I, p. 180; PÉREZ LÓPEZ DE BRIÑAS, Manuel, *Artículo 329, Artículo 330, Artículo 331, Artículo 332, Artículo 333, Artículo 334, Artículo 335, Artículo 336, Artículo 337, Artículo 338, Artículo 339, Artículo 342*. En AA.VV., “Comentarios al Código de Comercio”, Alberto Sala Reixachs (dir.), Atelier, Barcelona, 2002, Tomo II, p. 1.340-1.342 y 1.369.

realizar todos los actos necesarios para que el usuario (que actúa como comprador) esté en condiciones de entrar en posesión de la cosa.¹⁰⁸³ La obligación de recepción y aceptación del bien serán tratadas a propósito de las obligaciones del usuario.¹⁰⁸⁴

Existe consenso en reconocer que en la práctica el bien es entregado directamente por el proveedor al usuario.¹⁰⁸⁵ Sin embargo, hay importantes divergencias en cuanto a la forma de entender el cumplimiento de esta obligación.

Si se sigue la concepción bipartita debe entenderse que existen dos obligaciones de entrega del mismo bien: una del proveedor a la empresa de leasing, cuya fuente es el contrato de compraventa; y otra de la empresa de leasing al usuario, cuya fuente es el contrato de leasing propiamente dicho. Sin embargo, como en la realidad existe una sola entrega (efectuada por el proveedor al usuario), los partidarios de la concepción bipartita

¹⁰⁸³ Respecto del concepto de puesta a disposición, ver LLAMAS POMBO, ob. cit. (*La compraventa*), p. 1.087 y 1.089; PABLO-ROMERO GIL-DELGADO, ob. cit., p. 180.

¹⁰⁸⁴ Ver *infra* N° 28.2.2. a 28.2.4.

¹⁰⁸⁵ BRESLAUER, ob. cit., p. 326; BUITRAGO RUBIRA, ob. cit. (*El leasing mobiliario...*), p. 55; BUONOCORE, ob. cit., p. 26; CABANILLAS SÁNCHEZ, ob. cit. (*La naturaleza...*), p. 92; CABANILLAS SÁNCHEZ, ob. cit. (*La configuración...*) p. 1.003; CAMERA DI COMMERCIO DI MILANO, ob. cit., p. 552; CANO RICO, ob. cit., p. 251; CHULIA VICENT y BELTRÁN ALANDETE, ob. cit., p. 44; DE LA CUESTA RUTE, ob. cit. (*Reflexiones...*), p. 534 y 571, quien agrega que la empresa de leasing no tiene ningún contacto material con el bien; DE NOVA, ob. cit. (*Il contratto...*), p. 36 y 38; DÍAZ ECHEGARAY, ob. cit., p. 725; DI FORTUNATO, ob. cit., p. 10 y 13; FRADEJAS RUEDA, ob. cit., p. 246; GARCÍA GARNICA, ob. cit. (*El régimen jurídico...*), p. 97; GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*Leasing financiero mobiliario...*), p. 92 y 101; GONZÁLEZ VÁSQUEZ, ob. cit., p. 1.308; GUTIÉRREZ GILSANZ, ob. cit., p. 44; JIMÉNEZ DE PARGA y GISPERT PASTOR, ob. cit., p. 492 y 497; LÓPEZ FRÍAS, ob. cit. (*Los contratos conexos...*), p. 109; LÓPEZ FRÍAS, ob. cit. (*Sentencia...*), p. 109; MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, ob. cit., p. 226, Nota N° 22; PENNETA, ob. cit. (*Leasing financiero...*), p. 1.436; PURCARO, ob. cit. (*La locazione...*), p. 88 y 93; REAL PÉREZ, ob. cit. (*"Leasing"...*), p. 506; REAL PÉREZ, ob. cit. (*El incumplimiento...*), p. 402; ROJO AJURIA, ob. cit. (*Leasing mobiliario*), p. 251; SÁNCHEZ-PARODI PASCUA, ob. cit., p. 192 y 195; SANTOS SÁNCHEZ, ob. cit., p. 478; SCCI de 19 de febrero de 2008 (4235); SCCI de 1 de octubre de 2004 (19657); SCCI de 2 de noviembre de 1998 (10926); STS de 26 de febrero de 1996 (RJ 1996/1264); STS de 8 de julio de 1992 (RJ 1992/6190), en cuyo Fundamento de Derecho Primero se transcribe una cláusula en estos términos"; SCCI de 21 de junio de 1993 (6862); STS de 26 de junio de 1989 (RJ 1989/4786). Asimismo, en el modelo de contrato de leasing financiero del Banco Santander se lee que "el Usuario declara indemne al Arrendador Financiero en relación a la entrega de los bienes ya que se efectúa directamente por el Proveedor al Usuario, según lo acordado previamente por éstos" (el subrayado es mío).

¹⁰⁸⁶ Vale la pena destacar que la entrega del bien comprende la de los documentos pertinentes que permitan su uso. Ver al efecto SCCI de 19 de febrero de 2008 (4235); STS de 25 de enero de 2001 (RJ 2001/1001); STS de 3 de febrero de 2000 (RJ 2000/621); STS de 22 de abril de 1991 (RJ 1991/3017); SAP de Barcelona de 25 de mayo de 1994 (AC 1994/890).

han intentado justificar de distintas formas dos aspectos que resultan problemáticos en la lógica dualista: por una parte, la ausencia de una entrega del proveedor a la empresa de leasing y, por otra parte, el hecho de que la entrega del bien al usuario no sea hecha por el deudor de la obligación (la empresa de leasing) sino por un “tercero” (el proveedor).

Respecto del primer problema se ha argumentado que la entrega del proveedor a la empresa de leasing en virtud del contrato de compraventa sí existe, sólo que se hace de forma ficta, en virtud del art. 1.463 CC.¹⁰⁸⁷

Más controversia ha provocado el segundo problema enunciado. En el contexto de la concepción bipartita se entiende que la obligada a entregar el bien al usuario es la empresa de leasing, en su calidad de contraparte.¹⁰⁸⁸ Ahora bien, el hecho de que sea un tercero (el proveedor) el que efectúe materialmente la entrega ha sido explicado de distintas formas. Así, se ha dicho que el proveedor entrega el bien por encargo de la empresa de leasing y a nombre de ella,¹⁰⁸⁹ es decir, que el proveedor actúa como auxiliar

¹⁰⁸⁷ GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*Leasing financiero mobiliario...*), p. 93-94. En similar sentido, GARCÍA GARNICA, ob. cit. (*El régimen jurídico...*), p. 193, al entender que la tradición del bien a la empresa de leasing “se satisfará en forma instrumental”, lo que en ámbito inmobiliario se traduce en la escritura pública de compraventa. En contra, FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, ob. cit., p. 211 y 216.

¹⁰⁸⁸ CABANILLAS SÁNCHEZ, ob. cit. (*La naturaleza...*), p. 65 y 92, para quien la entrega constituye principal obligación de la empresa de leasing, en calidad de arrendadora; CABANILLAS SÁNCHEZ, ob. cit. (*La configuración...*), p. 1.003; DE PRADA GONZÁLEZ, ob. cit., p. 656ss, quien, a pesar de seguir en términos generales la tesis unitaria, analiza la entrega en el apartado destinado a las obligaciones de la empresa de leasing en base a las normas del arrendamiento, sin perjuicio de señalar que esta obligación sufre “una profunda modificación” en el caso del leasing financiero; CAPPIELLO, ob. cit., p. 652; ILLESCAS ORTIZ, ob. cit., p. 91; GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*Leasing financiero mobiliario...*), p. 92-94 y 187, aunque tempera su posición al decir que en realidad la empresa de leasing se obliga a “procurar la entrega” del bien por parte del proveedor al usuario; GONZÁLEZ VÁSQUEZ, ob. cit., p. 1.308; JIMÉNEZ DE PARGA Y CABRERA y GISPÉRT PASTOR, ob. cit., p. 492; LÓPEZ FRÍAS, ob. cit. (*Los contratos conexos...*), p. 127; PARRA LUCÁN, ob. cit. (*El leasing...*), p. XLI, aunque en la página siguiente manifiesta dudas respecto de los resultados a que conduce esta solución; STS de 1 de marzo de 2011 (RJ 2011/2615); SAP de Madrid de 26 de junio de 2007 (AC 2007/1894); STS de 25 de enero de 2001 (RJ 2001/1001); STS de 3 de febrero de 2000 (RJ 2000/621); STS de 26 de febrero de 1996 (RJ 1996/1264); SCCI de 21 de junio de 1993 (6862); SAP de Barcelona de 5 de julio de 1986 (573/1985). Así se entiende también en el art. 12.1(b) CUAFL, que fue objeto de análisis *supra* N° 24.3.3.

¹⁰⁸⁹ CABANILLAS SÁNCHEZ, ob. cit. (*La naturaleza...*), p. 92; CABANILLAS SÁNCHEZ, ob. cit. (*La configuración...*) p. 1.003; STS de 26 de febrero de 1996 (RJ 1996/1264). En similar sentido DE NOVA, ob. cit. (*Il contratto...*), p. 36 y 38, aunque este autor estima derechamente que la empresa de leasing no asume la obligación de entrega, sino que su obligación consiste en pactar con el proveedor que la entrega será hecha por éste al usuario en el plazo y en la modalidad pactadas entre proveedor y usuario. En Italia se ha pronunciado contra esta posición PURCARO, ob. cit. (*La locazione...*), p. 144 y 171, estimando que aunque la empresa de leasing actúe a través de un auxiliar (el proveedor), no puede desentenderse de la responsabilidad por la conducta de su auxiliar. Por ello entiende que es

de la empresa de leasing para el cumplimiento de la obligación de entrega en el contrato de leasing; que el usuario actúa como auxiliar de la empresa de leasing en la recepción del bien que ésta debe hacer en virtud del contrato de compraventa;¹⁰⁹⁰ o que el proveedor actúa como auxiliar del usuario para la entrega del bien en el marco del contrato de leasing, ya que este último indica a la empresa de leasing que el bien debe ser entregado a él directamente por el proveedor.¹⁰⁹¹ Por mi parte, creo que todas estas explicaciones resultan insatisfactorias, ya que intentan resolver el problema pero de forma parcial, es decir, explican la entrega en uno de los dos contratos que supone la concepción bipartita.

Respecto de este mismo problema hay un autor que estima que la obligación de entrega (y la de saneamiento) vincula a proveedor y usuario (por lo que no puede ser opuesta por el usuario a la empresa de leasing), y procede del contrato de compraventa, no del contrato de leasing,¹⁰⁹² explicación que no me parece satisfactoria si se plantea en el contexto de la concepción bipartita. En efecto, la solución propuesta sólo explica la entrega en el contrato de compraventa, dejando sin respuesta la entrega en el contrato de leasing. Por otro lado, estimo contradictorio afirmar que existen dos contratos distintos, cada uno con sus partes, para luego afirmar que en uno de esos contratos (el de compraventa) existe

nula la cláusula que libera a la empresa de leasing de la responsabilidad por la entrega, fundándose en el art. 1.228 CC italiano (según el cual, salvo voluntad diversa de las partes, el deudor que para el cumplimiento de su obligación se vale de un tercero, responde del acto doloso o culposo de éste) y el art. 1.229 párrafo 2 CC italiano (según el cual es nulo cualquier pacto anticipado de exoneración o limitación de responsabilidad para los casos en que el hecho del deudor o de sus auxiliares constituya una violación de las obligaciones derivadas de una norma de orden público).

¹⁰⁹⁰ CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, ob. cit., p. 335; GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*Leasing financiero mobiliario...*), p. 101, para quien la recepción del bien que hace el usuario es en nombre y por cuenta de la empresa de leasing, aunque también por esa vía el usuario está ejercitando su derecho contractual a recibir el bien como condición para gozar de él; GONZÁLEZ VÁSQUEZ, ob. cit., p. 1.308; PARRA LUCÁN, ob. cit. (*El leasing...*), p. XLI, aunque en la página siguiente manifiesta dudas respecto de los resultados a que conduce esta solución; SÁNCHEZ-PARODI PASCUA, ob. cit., p. 195; SAP de Santa Cruz de Tenerife de 26 de septiembre de 1992, con comentario negativo de REAL PÉREZ, ob. cit. (*El incumplimiento...*), p. 407, Nota N° 34; STS de 8 de julio de 1992 (RJ 1992/6190), en cuyo Fundamento de Derecho Primero se transcribe una cláusula en estos términos; STS de 26 de junio de 1989 (RJ 1989/4786). En similar sentido, ver SCCI de 2 de noviembre de 1998 (10926) donde, en base al art. 1.375 CC italiano, se argumenta que, de buena fe, la empresa de leasing confía en el usuario la recepción de la prestación de entrega.

¹⁰⁹¹ SCCI de 21 de junio de 1993 (6862), con comentario negativo en este punto de GORGONI, ob. cit. (*Ancora...*), p. 1.369-1.370.

¹⁰⁹² RODRÍGUEZ-ROVIRA, ob. cit., p. 1.180, quien en base a lo anterior estima que no puede resolverse el contrato de leasing por falta de entrega del bien.

una obligación (la de entrega) que tiene como deudor al vendedor y como acreedor a un tercero (el usuario). Creo que la existencia de una relación de naturaleza contractual entre usuario y proveedor no es compatible con la concepción bipartita, de manera que si se pretende la existencia de un triángulo de relaciones contractuales directas debería afirmarse la trilateralidad del contrato.

Desde la óptica unitaria se entiende que en el marco de la relación trilateral existe una sola obligación de entrega, cuyo deudor es el proveedor y cuyo destinatario es el usuario, y que se cumple en las condiciones acordadas en el pacto previo celebrado por ambos, condiciones que, al ser aceptadas por la empresa de leasing cuando accede a financiar la operación, pasan a formar parte del contrato trilateral,¹⁰⁹³ con lo que en definitiva las tres partes pactan que la entrega (junto con las demás obligaciones que corresponden al proveedor como vendedor) sea cumplida por el proveedor a favor del usuario.¹⁰⁹⁴ Ello no implica que la entrega satisfaga sólo el interés del usuario, ya que también satisface el de la empresa de leasing, al constituir la tradición del bien que en el sistema de título-modo como el vigente le permite acceder a la propiedad,¹⁰⁹⁵ y ser la prestación cuyo cumplimiento permite dar inicio a la etapa de ejecución del contrato.¹⁰⁹⁶

Esta forma de entender la obligación de entrega, aparte de estar en coherencia con la práctica de la operación,¹⁰⁹⁷ permite explicar varios aspectos propios de la operación,

¹⁰⁹³ Se debe recordar que en la práctica el contrato trilateral tiene pluralidad documental, por lo que esta obligación del proveedor constará en el contrato de compraventa (si es que se documentó alguno en el caso de leasing mobiliario, o en la escritura pública de compraventa en el caso del leasing inmobiliario), o en la respectiva factura que da cuenta de la compraventa (donde se indicará el destinatario de la entrega), o en la orden de compra que la empresa de leasing debe remitir al proveedor. Además de lo anterior, la obligación del proveedor constará usualmente en el contrato de leasing, donde también queda claro que la entrega no corresponde a la empresa de leasing. Véase al efecto el modelo de contrato de leasing financiero del Banco Santander, donde se pacta que “*el usuario declara indemne al Arrendador Financiero en relación a la entrega de los Bienes ya que se efectúa directamente por el/los Proveedor/es al Usuario, según lo acordado previamente por éstos*” (el subrayado es mío).

¹⁰⁹⁴ PURCARO, ob. cit. (*La locazione...*), p. 93, 145-146.

¹⁰⁹⁵ Desde este punto de vista, se pueden compartir las opiniones de García Garnica y González Castilla expuestas *supra* Nota N° 1.087.

¹⁰⁹⁶ Ver *infra* N° 28.2.4.

¹⁰⁹⁷ Se debe recordar que en la práctica la entrega del bien es efectuada directamente por el proveedor a favor del usuario, a quien la empresa de leasing busca legitimar para el ejercicio de los remedios por falta de entrega. De esta forma, incluso en la concepción bipartita, el esquema contractual se desarrolla con el proveedor actuando como deudor de la entrega y el usuario

como los siguientes: **A)** La falta de responsabilidad de la empresa de leasing frente al usuario por la falta de entrega, que tiene su fundamento en que dicha empresa no es la deudora de la obligación,¹⁰⁹⁸ aspecto que hace innecesaria la cláusula de exoneración, con la consecuente eliminación de los problemas jurídicos y prácticos que lleva asociada;¹⁰⁹⁹ **B)** La legitimación del usuario para ejercitar contra el proveedor los remedios por falta de entrega, pero en calidad de acreedor de la obligación,¹¹⁰⁰ no de subrogado de la empresa de leasing, aspecto que hace innecesaria la cláusula de subrogación, salvándose también los problemas jurídicos y prácticos que ésta conlleva;^{1101 1102} **C)** La aceptación del bien por parte del usuario (que, según se verá, concluye el proceso complejo de entrega) tiene como efecto la exigibilidad de las obligaciones de pagar el precio de adquisición por parte de la empresa de leasing al proveedor, y de la obligación de pagar las cuotas por parte del usuario a la empresa de leasing.¹¹⁰³

actuando como acreedor de la misma. La diferencia está que la concepción unitaria reconoce directamente esta calidad a las partes, mientras que en la concepción bipartita se intenta hacer encuadrar la situación en un esquema de dos contratos, que fuerza a recurrir a mecanismos tan problemáticos como las cláusulas de exoneración y subrogación para vincular a estos dos “terceros”.

¹⁰⁹⁸ PURCARO, ob. cit. (*La locazione...*), p. 146. Una posición distinta mantiene IMBRENDA, ob. cit. (*Il leasing...*), p. 80; IMBRENDA, ob. cit. (*Leasing...*), p. 77, al entender que la entrega realiza el interés del usuario y constituye a la vez el cumplimiento de la obligación del proveedor y de la empresa de leasing (permitir al usuario la utilización del bien en que se invirtió la suma financiada).

¹⁰⁹⁹ Respecto de la cláusula de exoneración y los problemas que conlleva, ver *supra* N° 22.1.

¹¹⁰⁰ IMBRENDA, ob. cit. (*Il leasing...*), p. 110; IMBRENDA, ob. cit. (*Leasing...*), p. 111-112 destaca que la legitimación directa del usuario frente al proveedor revela que éste actúa, en cuanto a la entrega, como un obligado directo frente al usuario, y no como un tercero, siendo, a su vez, el usuario, titular de un interés autónomo en adquirir la disponibilidad del bien, por lo que puede considerársele parte de la regulación de intereses que se hace a través de la operación de leasing.

¹¹⁰¹ Respecto de la cláusula de subrogación y los problemas que conlleva, ver *supra* N° 27.4.4.

¹¹⁰² Aunque el objeto de este trabajo es analizar la tutela del usuario, debe hacerse presente que la empresa de leasing también estará legitimada para ejercitar las acciones por falta de entrega, aunque en la práctica termine siendo el usuario el que asuma los riesgos provenientes del incumplimiento del proveedor y, en esa calidad, el que asuma la legitimación activa de dichas acciones. Ver *infra* N° 32 y 41.2.

¹¹⁰³ Ver *infra* N° 28.2.4.

28. 1. 4.- Riesgos asumidos por el proveedor.

Los riesgos que asume el proveedor son los propios de un vendedor. Sin embargo, en la práctica italiana¹¹⁰⁴ se le suele adicionar un importante riesgo adicional en base al llamado pacto de recompra o pacto de readquisición, que bien puede contenerse en el contrato de compraventa, o constituir un acuerdo independiente de él.¹¹⁰⁵

Por medio de este pacto el proveedor se obliga a comprar el bien a la empresa de leasing en caso de que el contrato de leasing propiamente dicho se resuelva por incumplimiento del usuario.¹¹⁰⁶ El precio de la recompra suele ser calculado en base al precio del bien o a la suma financiada por la empresa de leasing al usuario (en definitiva, las cuotas de leasing), valor que en ambos casos va disminuyendo progresivamente en función del plazo transcurrido de ejecución del contrato.¹¹⁰⁷

El pacto tiene como efecto que en definitiva será el proveedor (y no la empresa de leasing) quien soportará el riesgo de incumplimiento o insolvencia del usuario.¹¹⁰⁸ Ello viene a confirmar que el proveedor no es un tercero en la relación usuario-empresa de leasing.

28. 2.- Obligaciones del usuario.

28. 2. 1.- Obligaciones frente a la empresa de leasing.

La principal obligación que asume el usuario frente a la empresa de leasing consiste en reembolsar la suma financiada por ésta, lo que se traduce en la satisfacción de las cuotas en que se divide ese precio.

¹¹⁰⁴ GARCÍA SOLÉ, ob. cit. (*Leasing. Acción directa...*), p. 537 señala que también se utilizaría este pacto en España.

¹¹⁰⁵ BUONOCORE, ob. cit., p. 275.

¹¹⁰⁶ BUONOCORE, ob. cit., p. 275; CHINDEMI, ob. cit. (*Invalidità...*), p. 326; CRISTINA UDA, ob. cit., p. 93, que amplía el ámbito de acción del pacto a todos los casos de pérdida de efectos del contrato de leasing, excepto la expiración del plazo; DE NOVA, ob. cit., p. 37; IMBRENDA, ob. cit. (*Il leasing...*), p. 66; IMBRENDA, ob. cit. (*Leasing...*), p. 62; PURCARO, ob. cit. (*La locazione...*), p. 94; PURCARO, ob. cit. (*I problemi...*), p. 555.

¹¹⁰⁷ BUONOCORE, ob. cit., p. 275; DE NOVA, ob. cit., p. 37; PURCARO, ob. cit. (*La locazione...*), p. 94 y 98.

¹¹⁰⁸ CHINDEMI, ob. cit. (*Invalidità...*), p. 326; CHINDEMI, ob. cit. (*Trilateralità...*), p. 186-187; PURCARO, ob. cit. (*Struttura...*), p. 357; PURCARO, ob. cit. (*I problemi...*), p. 555.

Aparte de esta obligación principal, en los contratos de leasing se suele imponer al usuario otras obligaciones,¹¹⁰⁹ entre las que se puede mencionar la de pagar los gastos de entrega e instalación del bien;¹¹¹⁰ la obligación de recibir el bien;¹¹¹¹ la obligación de usar el bien con diligencia,¹¹¹² respetando las normas que regulan su uso (tanto normas estatales como las impuestas por el fabricante); la obligación de pagar las sanciones que se impongan como consecuencia de la inobservancia de tales normas, así como de las indemnizaciones por los daños causados con ocasión del uso del bien, teniendo la empresa de leasing el derecho de reembolso por las sumas que haya tenido que pagar por tales conceptos; la obligación de afectar el bien al uso convenido;¹¹¹³ la obligación de conservar del bien en buen estado de funcionamiento, con la consiguiente asunción de los gastos de mantenimiento del bien;¹¹¹⁴ la obligación de abstenerse de modificar el bien sin el consentimiento de la empresa de leasing, sin derecho a reclamar suma alguna en razón de

¹¹⁰⁹ Sin perjuicio de las citas que se harán en casos concretos, las obligaciones que se mencionarán han sido extraídas de los modelos de contrato de AELR, Banco Santander y Toyota Financial Services; las cláusulas transcritas en algunas sentencias; CAMERA DI COMMERCIO DI MILANO, ob. cit., p. 552-554; y los estudios de formularios contractuales contenidos en FRADEJAS RUEDA, ob. cit., 248-255 y 258, y GUTIÉRREZ GILSANZ, ob. cit., p. 42-53. Se debe hacer presente que la siguiente relación de obligaciones constituye un listado de aquellas que se han encontrado formando parte del contenido de algunos formularios utilizados en la práctica, lo que no significa que todas las obligaciones mencionadas consten en todos los contratos de leasing que se celebran en España.

¹¹¹⁰ CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, ob. cit., p. 335; GONZÁLEZ VÁSQUEZ, ob. cit., p. 1.312; STS de 26 de junio de 1989 (RJ 1989/4786).

¹¹¹¹ Esta obligación se tratará con más detalle *infra* N° 28.2.2 a 28.2.4.

¹¹¹² CHULIA VICENT y BELTRÁN ALANDETE, ob. cit., p. 43; DE NOVA, ob. cit. (Il contratto...), p. 43; GONZÁLEZ VÁSQUEZ, ob. cit., p. 1.312; PURCARO, ob. cit. (La locazione...), p. 101; SÁNCHEZ CALERO y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, ob. cit., p. 296.

¹¹¹³ GARCÍA GARNICA, ob. cit. (El régimen jurídico...), p. 234; PURCARO, ob. cit. (La locazione...), p. 101, con referencia al uso normal del bien; STS de 3 de febrero de 2000 (RJ 2000/621), en cuyo Fundamento de Derecho Tercero se transcribe una cláusula en estos términos.

¹¹¹⁴ BUONOCORE, ob. cit., p. 26; CHULIA VICENT y BELTRÁN ALANDETE, ob. cit., p. 43 y 45; DE NOVA, ob. cit. (Il contratto...), p. 43; DI FORTUNATO, ob. cit., p. 10; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, ob. cit., p. 317; PURCARO, ob. cit. (La locazione...), p. 102-103 y 185, fundando la obligación de custodia y conservación en las normas que regulan el depósito; SANTOS SÁNCHEZ, ob. cit., p. 478; STS de 3 de febrero de 2000 (RJ 2000/621), en cuyo Fundamento de Derecho Tercero se transcribe una cláusula en estos términos. Según GARCÍA GARNICA, ob. cit. (El régimen jurídico...), p. 234, la diligencia que debe emplear el usuario en el uso del bien es mayor que la del arrendatario, lo que se corresponde con las mayores amplitudes de las facultades que ostenta respecto de la posición jurídica del arrendatario.

las mejoras que se introduzcan o los elementos que se incorporen al bien, que pasan a formar parte de éste;¹¹¹⁵ la obligación de facilitar a la empresa de leasing la inspección del bien; pagar intereses por demora en el caso de retraso del pago de alguna cuota; informar a la empresa de leasing algunos aspectos, tales como el cambio de domicilio o el estado de su economía, que se concreta por medio de la remisión de sus estados contables de cada ejercicio; el establecimiento de garantías.

Además, la empresa de leasing suele imponer al usuario ciertas obligaciones que persiguen cautelar su derecho de propiedad sobre el bien,¹¹¹⁶ tales como la de informar la titularidad del dominio a los terceros que pretendan embargar el bien; comunicar a la empresa de leasing cualquier acto de terceros que pueda perjudicar su derecho; comunicar al dueño del local en que se ubica físicamente el bien (si es que no el mismo usuario, por supuesto) el origen de la propiedad; la prohibición de constituir prenda, hipoteca o gravámenes sobre el bien, o de contraer préstamos con garantía de aquel; dar a conocer la propiedad del bien al momento de ser matriculado (en el caso de los vehículos); o, en forma excepcional, identificar el bien mediante la utilización de placas proporcionadas por la empresa de leasing.

Finalmente, el usuario se obliga a restituir el bien a la empresa de leasing una vez reembolsada la suma financiada, a menos que ejercite la opción de compra u opte por la celebración de un contrato de leasing consecutivo.¹¹¹⁷

28. 2. 2.- Obligaciones frente al proveedor.

En la estructura unitaria de la operación el usuario asume frente al proveedor obligaciones emanadas de dos fuentes.

En primer lugar, en virtud del pacto previo celebrado entre ellos, el usuario asume la obligación de conseguir el financiamiento de la operación a través de una empresa de

¹¹¹⁵ En contra, PURCARO, ob. cit. (*La locazione...*), p. 101-102 opina que las mejoras que el usuario introduzca en el bien generan un crédito a su favor, que podrá hacer efectivo si se resuelve el contrato por incumplimiento suyo, en cuyo caso el bien debería ser vendido para hacer efectivo el crédito.

¹¹¹⁶ Ver GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, ob. cit., p. 325, para quien dichas medidas son necesarias en el leasing mobiliario, ya que es dicho tipo de bienes su utilización otorga una apariencia de dominio debido a la inexistencia de un régimen de publicidad adecuado.

¹¹¹⁷ ILLESCAS ORTIZ, ob. cit., p. 97; GONZÁLEZ VÁSQUEZ, ob. cit., p. 1.315.

leasing. Puede considerarse la existencia de excepciones a lo anterior en el denominado leasing a través de vendedor y en el caso de que la empresa de leasing pertenezca al mismo grupo económico que el proveedor, o bien se trate de una empresa financiera creada por el proveedor para dar salida a sus productos. En estos casos el usuario no se obliga a conseguir el financiamiento de una empresa de leasing, ya que ésta queda determinada de antemano. Sin embargo, puede observarse que fuera de esta excepción, la operación se desarrollará en los mismos términos que en el esquema de tres empresas independientes, e incluso en estos supuestos queda aún más claro el carácter trilateral de la operación, ya que las reglas contractuales estarán de antemano prefijadas entre proveedor y empresa de leasing, aceptándolas posteriormente el usuario.¹¹¹⁸

Por otra parte, en virtud de la ya descrita relación jurídica contractual que estimo existente entre proveedor y usuario,¹¹¹⁹ éste último asume las obligaciones y riesgos propios de un comprador en una compraventa mercantil. Especial interés presenta en este sentido la participación del usuario en la entrega del bien.

Tal como se ha anticipado,¹¹²⁰ la entrega en la compraventa mercantil es un acto complejo, que supone dos etapas: La puesta a disposición por parte del vendedor y la recepción y aceptación por parte del comprador. La primera etapa se ha tratado con anterioridad, de manera que en los puntos siguientes se tratará la segunda.

En base a lo anteriormente expuesto tenemos que el usuario, asumiendo la posición de comprador, tiene la obligación de recibir el bien¹¹²¹ y tiene la carga de examinarlo.¹¹²²

¹¹¹⁸ Valen a estos efectos lo explicado *supra* Nota N° 950.

¹¹¹⁹ Ver *supra* N° 27.4.

¹¹²⁰ Ver *supra* N° 28.1.3.

¹¹²¹ Respecto de la obligación del usuario de cooperar en la recepción del bien, ver GONZÁLEZ VÁSQUEZ, ob. cit., p. 1.312; STS de 22 de abril de 1991 (RJ 1991/3017), que rechazó la resolución del contrato de compraventa fundándose en que el incumplimiento no reunía los requisitos del art. 1.124, ya que si bien el proveedor había entregado el bien con una documentación inadecuada, al intentar subsanar el error no contó con la necesaria colaboración del usuario. En relación con la obligación del comprador de recibir el bien, ver LLAMAS POMBO, ob. cit. (*La compraventa*), p. 1.114; PABLO-ROMERO GIL-DELGADO, ob. cit., p. 180 y 194, quienes aclaran que esta obligación no está consagrada expresamente en la regulación de la compraventa mercantil, pero se ha deducido del art. 332 CdeC.

¹¹²² La facultad del comprador para examinar la mercadería se desprende del art. 336 CdeC. Hoy en día el examen suele ser practicado por empresas especializadas, las que certifican el estado general

Fruto de estas gestiones el usuario puede rechazar o aceptar el bien, gestiones que se analizarán por separado en los dos puntos siguientes.

28. 2. 3.- El rechazo del bien por parte del usuario.

Si se sigue la calificación que propongo para la relación jurídica entre usuario y proveedor,¹¹²³ en los ordenamientos que no regulan el leasing financiero aquella debe regirse por las normas de la compraventa mercantil. Pues bien, el Código de Comercio español no reglamenta expresamente la facultad del comprador de rechazar el bien, aunque puede deducirse de los arts. 332¹¹²⁴ y 336 CdeC, en los que deberá fundamentarse el eventual rechazo del bien por parte del usuario.¹¹²⁵

En la concepción bipartita también se busca perfilar la relación usuario-proveedor como una relación comprador-vendedor (para así conservar el rol financiero de la empresa de leasing), aunque de forma solapada e inconfesada, ya que ello debe hacerse calzar con la estructura de dos contratos, lo que ciertamente no es tarea fácil. Siguiendo este camino, en los ordenamientos jurídicos que no regulan el leasing financiero podría llegarse a la muy dudosa conclusión de que el usuario puede rechazar el bien en la misma posición que podría hacerlo la empresa de leasing como compradora, en base a las cláusulas de exoneración/subrogación, en conjunción con aquella en que se estipula que la entrega del bien se efectuará por el proveedor directamente al usuario. Sin embargo, esta conclusión tropezaría con las dificultades que para el usuario significaría hacer frente a todos los problemas detectados en relación con las cláusulas de exoneración/subrogación,¹¹²⁶ así como los problemas que en la concepción bipartita existen para fundamentar el hecho de

del bien y, en su caso, la causa de la avería. Se puede apreciar lo anterior en un caso de leasing financiero en SAP de Madrid de 26 de junio de 2007 (AC 2007/1894).

¹¹²³ Ver *supra* N° 27.4.3.

¹¹²⁴ LLAMAS POMBO, ob. cit. (*La compraventa*), p. 1.114, aclara que si el comprador rehúsa injustificadamente el recibo de la cosa, el art. 332 CdeC otorga al vendedor derechos equivalentes a los conferidos al comprador en caso de falta de entrega.

¹¹²⁵ Del mismo modo, en Italia, a falta de norma específica en la regulación de la compraventa, la Corte de Casación ha fundado la posibilidad de rechazar la entrega en el art. 1.181 CC italiano. Ver aplicación de lo anterior a casos de leasing financiero en SCCI de 19 de febrero de 2008 (4235) y de 2 de noviembre de 1998 (10926).

¹¹²⁶ Ver *supra* N° 22.

que el usuario tenga la calidad de acreedor de una obligación de entrega nacida en un contrato de compraventa respecto del que es un tercero.¹¹²⁷

En los textos de Derecho comparado y uniforme analizados se busca el mismo fin a través de las normas que consagran la exoneración de la empresa de leasing y la acción directa del usuario contra el proveedor.¹¹²⁸ Sin embargo, hay algunos ordenamientos que contienen normas adicionales que confirman la intención de perfilar la relación usuario-proveedor como una relación comprador-vendedor, pasando por alto la ya señalada incoherencia que ello significa en un contexto bipartito, beneficio que, no obstante, a veces se concede el legislador.

Así, el UCC contempla en la sección 2A-509(1) la facultad del usuario de rechazar el bien frente al proveedor,¹¹²⁹ norma que tiene prácticamente el mismo contenido que la sección 2-601, que reglamenta la facultad del comprador de rechazar el bien frente al vendedor.¹¹³⁰ Más aun, se ha propuesto que el usuario tenga la facultad de rechazar el bien invocando directamente la sección 2-601, utilizando la acción directa contra el proveedor que le otorga la sección 2A-209, a través de la cual podría tomar el lugar de comprador.¹¹³¹

Asimismo, la facultad del usuario para rechazar el bien frente al proveedor en base a las normas de la compraventa está implícita en el art. 14.1 LMUL, que faculta al primero para exigir al segundo un activo conforme (lo que supone haber rechazado el bien

¹¹²⁷ Ver *supra* N° 16.

¹¹²⁸ Ver *supra* N° 24.

¹¹²⁹ El que se rechace el bien frente al proveedor, y no frente a la empresa de leasing se desprende de la sección 2A-511. Así, por lo demás parece hacerse en la práctica. Ver al efecto la cláusula de la orden de compra emitida por la empresa de leasing al proveedor en JAZ, INC. v. FOLEY, Intermediate Court of Appeals of Hawai'i, 3 de febrero de 2004, donde se señala que el usuario tiene la facultad de rechazar el bien y devolverlo al proveedor.

¹¹³⁰ ALI y NCCUSL, ob. cit. (*Official Comment*), sección 2A-509, donde se señala como fuente de esta norma a la sección 2-601.

¹¹³¹ Ver BRESLAUER, ob. cit., p. 341, quien aclara que la situación no es del todo clara desde que la sección 2A-209 no precisa los contornos de los “beneficios” a que accede el usuario. Sin embargo, opina que el comentario oficial “*parece sugerir*” que el usuario puede rechazar el bien del mismo modo que podría hacerlo la empresa de leasing, al expresar que “*cualquier exclusión ... o limitación de cualquier estipulación del contrato de compraventa ... incluyendo cualquiera que diga relación con derechos o remedios ... y que sea efectiva contra el arrendador en su calidad de comprador bajo el contrato de compraventa, será efectiva también contra el arrendatario en su calidad de beneficiario del contrato de compraventa bajo esta norma*”, lo que parece dar a entender que el usuario puede recurrir también a los remedios propios del contrato de compraventa.

anteriormente entregado) y ejercitar las demás acciones que a tenga derecho conforme a la ley.¹¹³²

Una posición alejada de las anteriores se puede observar en los art. 12.1(a) y 12.2 CUAFI, que consagran la facultad del usuario de rechazar el bien haciendo aplicables las normas de la compraventa, pero con la poco conveniente lógica de una compraventa entre usuario y empresa de leasing, y no entre usuario y proveedor, como se propone en este trabajo y como parece desprenderse de la acción directa consagrada en el art. 10.1.¹¹³³

28. 2. 4. *La aceptación del bien por parte del usuario.*

El análisis de la aceptación del bien se hará a través del estudio de tres temas: La forma en que debe entenderse practicada, la forma en que se da por probada y los efectos que se le atribuyen.

En los ordenamientos que no regulan el leasing financiero, la **forma en que debe entenderse practicada la aceptación** dependerá de la normativa que se le aplique. Si se sigue la calificación que propongo para la relación entre usuario y proveedor, la aceptación deberá ser regulada por las normas de la compraventa mercantil, lo que en España se traduce en la aplicación del art. 339 CdeC. De esta forma, deberíamos entender que el usuario acepta el bien manifestando expresa o implícitamente al proveedor que se da por satisfecho con el bien.¹¹³⁴

En lo que respecta a las regulaciones de Derecho comparado y uniforme estudiadas, puede advertirse que también regulan el punto bajo la lógica de que el usuario acepta el bien de cara al proveedor (y no frente a la empresa de leasing que es su única

¹¹³² Ver UNIDROIT, ob. cit. (*Official commentary*), N° 67, donde se aclara que la remisión a “*las demás acciones a que tenga derecho conforme a la ley*” se refiere a los remedios previstos en el ordenamiento respectivo que adopte la ley modelo. A pesar de que el comentario no aclara a qué reglamentación se refiere específicamente (arrendamiento, compraventa, etc.), creo que la referencia debe entenderse hecha a los remedios de la legislación de compraventa del respectivo ordenamiento, ya que en el mismo comentario se dice que el art. 14 debe aplicarse conjuntamente con el art. 7, que consagra la acción directa del usuario contra el proveedor (analizada *supra* N° 24.4.2), norma que trata al usuario como si fuera parte del contrato de adquisición, que generalmente será una compraventa.

¹¹³³ Las normas mencionadas, y las contradicciones entre ellas, fueron analizadas *supra* N° 24.3.3.

¹¹³⁴ Vale en este caso la crítica hecha en el punto anterior a la concepción bipartita para el caso que se pretenda aplicar a la aceptación las normas de la compraventa mercantil en base a las cláusulas de exoneración/subrogación, en conjunción con aquella en que se estipula que la entrega del bien se efectuará por el proveedor directamente al usuario.

contraparte en la estructura bipartita) y en base a las normas del contrato de compraventa. Para ello se recurre nuevamente a las normas que consagran la exoneración de obligaciones de la empresa de leasing y la acción directa del usuario contra el proveedor,¹¹³⁵ a las que se añaden normas especiales en algunos casos, respecto de las que valen las críticas expuestas en el punto anterior.

En efecto, la sección 2A-515 UCC dispone que la aceptación se produce cuando el usuario ha tenido oportunidad razonable de inspeccionar el bien¹¹³⁶ y, o bien no lo rechaza dentro de plazo razonable desde la puesta a disposición notificando a la empresa de leasing,¹¹³⁷ o bien observa un comportamiento que da a entender al proveedor que es conforme con el contrato o que lo retendrá a pesar de la falta de conformidad.¹¹³⁸ Esta norma dispone que la aceptación es hecha por el usuario de cara al proveedor,¹¹³⁹ y tiene

¹¹³⁵ Ver *supra* N° 24.

¹¹³⁶ Ver JAZ, INC. v. FOLEY, Intermediate Court of Appeals of Hawai'I, 3 de febrero de 2004, caso en que el Tribunal estimó que el tiempo razonable para inspección implica que el usuario haya recibido el bien, lo que no se produce en el caso de falta de entrega por parte del proveedor, aun cuando el usuario haya suscrito el certificado de aceptación del bien (al que se hará referencia más adelante en este mismo apartado). En similar sentido, MICHAEL R. WHITE & ASSOCS. V. JAWAD (In re Jawad), United States Bankruptcy Appellate Panel for the Ninth Circuit, 9 de mayo de 2006, donde la Corte estimó abusiva una cláusula que entendía aceptado el bien desde la suscripción del contrato (incluso en caso de falta de entrega), ya que con ello no se estaría dando al usuario un tiempo razonable para la inspección del bien (la sentencia fue acordada con voto de minoría, que abogó por dar preeminencia a la cláusula contractual). Por su parte, en GE CAPITAL CORP. v. NATIONAL TRACTOR TRAILER SCH., Supreme Court of New York, Onondaga County, 17 de noviembre de 1997 la Corte estimó inaplicable una cláusula según la que el bien se entendía aceptado desde su envío, ya que de este modo el usuario perdería el tiempo necesario para inspeccionar el bien, y perdería todo remedio, ya que el bien se entendería siempre aceptado, a pesar de las condiciones en que sea enviado.

¹¹³⁷ Sección 2A-515(1)(b) en relación con la sección 2A-509(2).

¹¹³⁸ Ver GE CAPITAL CORP. v. NATIONAL TRACTOR TRAILER SCH., Supreme Court of New York, Onondaga County, 17 de noviembre de 1997, donde se tuvo por aceptado el bien, entre otras cosas, porque el usuario comenzó a pagar las cuotas de leasing, a pesar de que posteriormente alegó la falta de conformidad del bien.

¹¹³⁹ Esta es una de las normas del UCC a que me referí *supra* N° 17.3, que no dice expresamente si se refiere a todos los tipos de leasing (incluido al financiero), o sólo al leasing financiero, o sólo a los leasing no financieros. Sin embargo, de su lectura puede desprenderse que se refiere a todo tipo de leasing, por mencionar en su texto al arrendador, pero también al proveedor, figura que sólo existe en el leasing financiero. De esta manera, se debe entender que en el leasing financiero la aceptación se da de cara al proveedor, mientras que en los demás tipos de leasing, la aceptación se da de cara al arrendador.

un contenido que proviene directamente de la sección 2-606 UCC, relativa a la aceptación en la compraventa.¹¹⁴⁰

De forma muy similar, el art. 13 LMUL dispone que la aceptación del bien se produce cuando el usuario expresa al proveedor¹¹⁴¹ que el activo se encuentra en conformidad con el contrato, o cuando haya transcurrido tiempo razonable para inspeccionar el activo y el arrendatario no lo objete, o cuando el arrendatario comience a usar el activo.

Nuevamente la CUAFI se aleja del criterio observado por los textos antes mencionados. Si bien no regula expresamente la forma de aceptación, se puede desprender del art. 12.1(a) y 12.2 que la aceptación del usuario se da frente a la empresa de leasing (no del proveedor) bajo la lógica de un contrato de compraventa celebrado entre las dos partes mencionadas. Ello pues si la norma dice que el usuario puede *rechazar* el bien de esta forma, es porque también puede *aceptarlo* de la misma manera. Esta norma puede entrar en contradicción con la acción directa del art. 10.1, según ya se expuso.¹¹⁴²

Por otra parte, en relación con la **prueba de la aceptación** del bien, se ha hecho común en la práctica exigir al usuario la suscripción de un acta de entrega.¹¹⁴³ El efecto buscado con ello es el de reforzar la posición de la empresa de leasing,¹¹⁴⁴ ya que una vez

¹¹⁴⁰ ALI y NCCUSL, ob. cit. (*Official Comment*), sección 2A-515.

¹¹⁴¹ Al igual que la sección 2A-515 UCC, el art. 13 LMUL es aplicable a todo tipo de leasing, por lo que menciona tanto al arrendador como al proveedor, debiendo entenderse que sólo en el caso del leasing financiero la aceptación se efectúa de cara al proveedor.

¹¹⁴² Ver *supra* N° 24.3.3.

¹¹⁴³ En Italia suele denominarse este documento como *verbale di consegna*, mientras que en la práctica estadounidense se le llama *certificate of delivery and acceptance*. Hacen referencia a este documento en España DE LA CUESTA RUTE, ob. cit. (*Reflexiones...*), p. 571; GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*Leasing financiero mobiliario...*), p. 103, 189 y 214; SAP de Madrid de 26 de junio de 2007 (AC 2007/1894); STS de 8 de julio de 1992 (RJ 1992/6190). En Italia, ver CHINDEMI, ob. cit. (*Invalidità...*), p. 327-328; CLARIZIA, ob. cit., (*La locazione...*), p. 138; CRISTINA UDA, ob. cit., p. 105; DE NOVA, ob. cit. (*Il contratto...*), p. 36; IMBRENDA, ob. cit. (*Il leasing...*), p. 80; IMBRENDA, ob. cit. (*Leasing...*), p. 77; PURCARO, ob. cit. (*La locazione...*), p. 152 y 168; SCCI de 19 de febrero de 2008 (4235); SCCI de 1 de octubre de 2004 (19657); SCCI de 2 de noviembre de 1998 (10926); SCCI de 16 de mayo de 1997 (4367). En Estados Unidos, ver ALI y NCCUSL, ob. cit. (*Official Comment*), sección 2A-407; LEVY, ob. cit., p. 282. Por último, en el ámbito de la LMUL, ver BEY, ob. cit., p. 619.

¹¹⁴⁴ PURCARO, ob. cit. (*La locazione...*), p. 152; SCCI de 1 de octubre de 2004 (19657), donde se afirma que el *verbale* se otorga en interés de la empresa de leasing, a fin de no ser acogida la excepción de falta de entrega para justificar el impago de las cuotas.

suscrito este documento por el usuario se da por acreditada la entrega (que en el marco de la concepción bipartita es una obligación de la citada empresa¹¹⁴⁵), quedando la empresa de leasing habilitada para pagar el precio de compraventa al proveedor,¹¹⁴⁶ y haciéndose exigible la obligación de pagar las cuotas de forma irrevocable e independiente,¹¹⁴⁷ sin que el usuario pueda oponer como excepción la falta de entrega o la entrega incompleta a fin de no pagar las cuotas de leasing.¹¹⁴⁸

Sin embargo, se ha restado a este documento la virtud de dar por acreditada la entrega y aceptación del bien en aquellos casos en que resulta probado que el certificado ha sido suscrito antes de que la entrega se verifique o incluso sin que haya habido entrega.¹¹⁴⁹ El mismo efecto se ha otorgado a aquellas cláusulas por medio de las que el

¹¹⁴⁵ Ver *supra* N° 28.1.3.

¹¹⁴⁶ CHINDEMI, ob. cit. (*Invalidità...*), p. 327; GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*Leasing financiero mobiliario...*), p. 214; LEVY, ob. cit., p. 282; PURCARO, ob. cit. (*La locazione...*), p. 152 y 168. En todo caso, se debe hacer presente que esta práctica no es del todo uniforme, ya que dependerá de las condiciones de pago pactadas con el proveedor. Así, por ejemplo, en LAWRENCE CRAWFORD ASS'N FOR EXCEPTIONAL CITIZENS v. CONVERSOURCE, INC., Appellate Court of Illinois, Fifth District, 15 de agosto de 2012 se pactó un pago anticipado de 30% del precio de compraventa, debiendo pagarse el saldo al momento del envío del bien al usuario. En todo caso, consta en los antecedentes de hecho que el pago anticipado de 30% fue objeto de autorización por parte del usuario, lo que viene a confirmar que es éste es quien mantiene el control de la negociación y cumplimiento de las obligaciones de comprador en el contrato de compraventa celebrado entre la empresa de leasing y el proveedor.

¹¹⁴⁷ ALI y NCCUSL, ob. cit. (*Official Comment*), sección 2A-407; LEVY, ob. cit., p. 282; SCCI de 2 de noviembre de 1998 (10926); FIN. PAC. CO v. QUINN, Court of Appeals of Washington, Division Two, 24 de octubre de 1997, caso en que la Corte condenó al usuario a pagar las cuotas que había dejado de solventar aduciendo mal funcionamiento del bien, dando como argumento, entre otros, la aceptación del bien que constaba en el "*Lease Inspection/Verification Certificate*"; SCCI de 16 de mayo de 1997 (4367), en la que se ordenó al usuario pagar las cuotas de leasing por el bien cuya entrega se probó mediante este certificado, y rechazó la petición de nulidad por objeto ilícito formulada por el usuario aduciendo que el bien había sido objeto de secuestro penal;

¹¹⁴⁸ CHINDEMI, ob. cit. (*Invalidità...*), p. 327-328; SCCI de 19 de febrero de 2008 (4235); SCCI de 1 de octubre de 2004 (19657); SCCI de 2 de noviembre de 1998 (10926).

¹¹⁴⁹ Ver SAP de Madrid de 26 de junio de 2007 (AC 2007/1894), en cuyo fundamento de Derecho Cuarto se expone como hecho probado que el mismo día de suscripción del contrato de leasing financiero el usuario suscribió dos certificados de entrega, en circunstancias que el bien fue embarcado desde Estados Unidos seis meses después, frente a lo cual la Audiencia afirmó en el fundamento de Derecho Octavo que el certificado "*no tiene más valor que el de un formalismo impuesto por la apelante*" (empresa de leasing), por lo que se dio lugar a la acción de cumplimiento por equivalente e indemnización de daños y perjuicios por falta de entrega, ejercitada por el usuario contra la empresa de leasing. En similar sentido, JAZ, INC. v. FOLEY, Intermediate Court of Appeals of Hawai'i, 3 de febrero de 2004, caso en que la Corte dio por acreditada la falta de entrega no obstante la suscripción del certificado, asignando a la empresa de leasing el riesgo del bien y

usuario declara recibir el bien al momento de suscribirse el contrato de leasing, siempre que se pruebe que ello no ocurrió en la realidad.¹¹⁵⁰ Por el contrario, se ha propuesto que cuando es el usuario quien declara falsamente haber recibido el bien, induciendo de este modo a la empresa de leasing a pagar el precio, debería condenársele a pagar las cuotas como si hubiese recibido el bien, a título de responsabilidad.¹¹⁵¹

Por último, pueden mencionarse los siguientes **efectos de la aceptación** del bien por parte del usuario:

A) Determina la exigibilidad de la obligación de la empresa de leasing de pagar el precio al proveedor.¹¹⁵²

explicitando que el usuario no debía las cuotas a la empresa de leasing por no haber aceptado el bien. En contra, ver STS de 8 de julio de 1992 (RJ 1992/6190), que confirmó una sentencia que había negado lugar a la nulidad de un acta de entrega firmada en blanco.

¹¹⁵⁰ GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*Leasing financiero mobiliario...*), p. 189-190; GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*En torno...*), p. 1.776, donde califica la cláusula como abusiva; REAL PÉREZ, ob. cit. (*El incumplimiento...*), p. 417. Ver asimismo SAP de Santa Cruz de Tenerife de 26 de septiembre de 1992, donde se señala que esta cláusula no implica que el bien haya sido entregado, pero constituye una presunción de entrega que puede ser destruida por otros medios de prueba. Ver también HINKEL EXCAVATION & CONSTR., INC. v. CONSTR. EQUIP. INT'L, LTD, United States District Court for the Northern District of Iowa, Western Division, 10 de abril de 2001, donde la Corte negó haber lugar a la resolución del contrato de leasing a pesar de no haberse verificado la entrega, fundando esta negativa en la cláusula del contrato de leasing por medio de la que el usuario declaraba haber recibido y aceptado el bien. Sin embargo, estimo que el caso no es apto para extraer una regla general, ya que en el supuesto de hecho la empresa de leasing que pagó al proveedor era cesionaria de la empresa de leasing que suscribió el contrato con el usuario, razón por la que la Corte estimó que la citada declaración de recepción del bien en el contrato produjo en la nueva empresa de leasing una falsa representación de la realidad que le indujo a pagar el precio al proveedor. En base a ello, la Corte aplicó la doctrina de los actos propios (*estoppel*), dando el bien por aceptado y rigiendo, en consecuencia, la cláusula *hell or high water*, con lo que se impidió al usuario obtener la resolución por falta de entrega.

Cabe hacer notar que no son poco frecuentes los pactos de este tipo, según se expone en el análisis de modelos de contratos de leasing efectuados por FRADEJAS RUEDA, ob. cit., p. 247; GUTIÉRREZ GILSANZ, ob. cit., p. 45. Ver, asimismo, la cláusula transcrita en el Fundamento de Derecho Tercero de la STS de 3 de febrero de 2000 (RJ 2000/621).

¹¹⁵¹ PURCARO, ob. cit. (*La locazione...*), p. 159, Nota N° 62; SCCI de 2 de noviembre de 1998 (10926).

¹¹⁵² CHINDEMI, ob. cit. (*Invalidità...*), p. 327; GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*Leasing financiero mobiliario...*), p. 214; IMBRENDA, ob. cit. (*Il leasing...*), p. 106; IMBRENDA, ob. cit. (*Leasing...*), p. 107, para quien esta solución realiza el interés de las tres partes y no afecta la calificación financiera de la actuación de la empresa de leasing; PURCARO, ob. cit. (*La locazione...*), p. 139, 149, 151 y 168, fundado en los arts. 1.498 y 1.375 CC italiano, observando que si bien la norma permite pactar un momento distinto para el pago del precio, ello no suele suceder en los acuerdos previos entre usuario y proveedor (que es donde se definen los elementos esenciales del contrato de compraventa), rigiendo la regla subsidiaria de que el pago debe hacerse una vez verificada la entrega, la que debe ser respetada por la empresa de leasing que adhiere al pacto entre usuario y proveedor, no siendo posible que ésta modifique el momento del pago del precio sin el

La situación creada por el contrato trilateral de leasing es distinta de la propia de una compraventa mercantil típica. En ésta el precio y su forma de pago son pactados por vendedor y comprador, quien cumple la obligación de cumplir lo acordado. En el leasing financiero, en cambio, el precio y su forma de pago son pactados por usuario y proveedor, pero el precio es posteriormente pagado por la empresa de leasing, que acepta el pacto previo entre las otras dos partes y asume la obligación de financiar la operación adquiriendo el bien.

En los ordenamientos que no regulan el leasing financiero lo anteriormente expuesto determina la aplicación de las normas de la compraventa mercantil, primero porque según la tesis aquí sostenida la relación proveedor-usuario (en cuyo marco se pactó el precio y la forma de pago) se rige por dichas normas, y segundo porque tales normas también son aplicables a la relación jurídica existente entre la empresa de leasing y el proveedor. En base a lo anterior, cobra aplicación el art. 339 CdeC, que dispone el efecto aquí comentado.¹¹⁵³ Ello resulta, además, coherente con la práctica del leasing financiero, ya que las empresas de leasing suelen pagar el precio al proveedor una vez que reciben el certificado de entrega, como se vio anteriormente.

Es importante observar que la norma antes mencionada tiene carácter dispositivo, por lo que regirá a menos que las tres partes acuerden una forma distinta de exigibilidad de la obligación de pago.¹¹⁵⁴ Ello sucederá cuando usuario y proveedor pacten una forma

consentimiento del usuario, so pena de que el pacto no pueda ser opuesto a éste; SCCI de 2 de noviembre de 1998 (10926), en base al art. 1.498 CC italiano, argumentando que el leasing es un contrato de cambio, en que la realización de su causa está sujeta al cumplimiento de las obligaciones que para el proveedor emanan del contrato de compraventa, añadiendo que si la empresa de leasing pagara el precio independientemente de la entrega del bien al usuario y estuviera facultada para exigir el pago de las cuotas de leasing, se daría una situación contraria a la ejecución de buena fe consagrada en el art. 1.375 CC italiano, transformando el contrato de leasing en un contrato de crédito, destinado no a satisfacer el interés del usuario al goce del bien, sino sólo el interés en la colocación de dinero, solución que es seguida en SCCI de 19 de febrero de 2008 (4235), p. 10. En términos similares, SCCI de 1 de octubre de 2004 (19657). Ver también, desde el punto de vista de la tesis bipartita, SCCI de 21 de junio de 1993 (6862) que, no obstante, reserva esta solución para los casos en que se haya pactado expresamente en el contrato que la empresa de leasing debe pagar una vez verificada la entrega, con comentario negativo en este aspecto de GORGONI, ob. cit. (*Ancora...*), p. 1.368-1.372; y SCCI de 26 de enero de 2000 (854), esta vez bajo la tesis unitaria. Los textos de Derecho comparado y uniforme consultados no contemplan expresamente este efecto de la aceptación.

¹¹⁵³ GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*Leasing financiero mobiliario...*), p. 214-217.

¹¹⁵⁴ Ver GORGONI, ob. cit. (*Ancora...*), p. 1.368 y 1.370-1.372, que en vista del carácter dispositivo de las normas de exigibilidad de pago del precio, propone que esta obligación a cargo de la empresa

de pago distinta¹¹⁵⁵ y ésta sea aprobada por la empresa de leasing al momento de acceder a financiar la operación.

B) *Hace exigible la obligación de pagar las cuotas por parte del usuario, salvo pacto de las partes.*¹¹⁵⁶

En la dinámica unitaria del leasing todas las partes asumen obligaciones frente a las demás, de manera que el proveedor entrega el bien al usuario, quien lo acepta, y una vez verificado lo anterior se hace exigible la obligación de la financiera de pagar el precio al proveedor (es decir, de cumplir con su obligación de destinación de la suma financiada), con lo que a su vez se hace exigible la obligación del usuario de comenzar a reembolsar al financiador la suma invertida, es decir, de pagar las cuotas de leasing.

Si ello es así, debería excluirse el riesgo de que la empresa de leasing pague sin que el bien haya sido entregado y de que, como consecuencia de ello, el usuario pague cuotas sin poder utilizar el bien.¹¹⁵⁷ Sin embargo, hemos visto que ello puede llegar a ocurrir cuando el usuario es compelido a suscribir el certificado de entrega antes de que ésta se verifique, o cuando el contrato de leasing contiene una cláusula en que el usuario declara haber recibido el bien, sin que ello ocurra en la realidad.

de leasing sea exigible previa verificación de la entrega del bien al usuario independientemente de una previsión contractual, por corresponderse con los cánones de la corrección y de la buena fe en el marco de un contrato que liga los intereses de las tres partes. Ello para evitar cláusulas impuestas por las empresas de leasing que dispongan el pago del precio antes de la entrega y hagan aplicables la cláusula de exoneración de responsabilidad, con la consiguiente obligación del usuario de pagar las cuotas no obstante no gozar del bien, ni menos haberlo aceptado.

¹¹⁵⁵ Se debe recordar que el precio y su forma de pago son acordados autónomamente por el usuario y el proveedor en el pacto previo. Ver al efecto *supra* N° 27.4.1.

¹¹⁵⁶ CHINDEMI, ob. cit. (*Invalidità...*), p. 328; CHULIA VICENT y BELTRÁN ALANDETE, ob. cit., p. 27; DE LA CUESTA RUTE, ob. cit. (*Reflexiones...*), p. 571; GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*Leasing financiero mobiliario...*), p. 214; GONZÁLEZ VÁSQUEZ, ob. cit., p. 1.309; IMBRENDA, ob. cit. (*Il leasing...*), p. 80 e IMBRENDA, ob. cit. (*Leasing...*), p. 77; JIMÉNEZ DE PARGA Y CABRERA y GISPERT PASTOR, ob. cit., p. 492; PURCARO, ob. cit. (*La locazione...*), p. 139, 149 y 151; SCCI de 1 de octubre de 2004 (19657). Los textos de Derecho comparado y uniforme analizados no contemplan este efecto de la aceptación, a excepción de la sección 2A-516(1) UCC. Ver al efecto JAZ, INC. v. FOLEY, Intermediate Court of Appeals of Hawai'I, 3 de febrero de 2004, caso en que la Corte estimó que el usuario no tenía obligación de pagar las cuotas a la empresa de leasing ya que el bien no había sido entregado por parte del proveedor al usuario y, por tanto, éste no lo había aceptado.

¹¹⁵⁷ CHINDEMI, ob. cit. (*Invalidità...*), p. 327-328; PURCARO, ob. cit. (*La locazione...*), p. 152-153, que califica ésta como una "hipótesis anómala".

Frente a estos casos hay básicamente dos formas de reaccionar: **A)** Entender que la obligación de pagar las cuotas es igualmente exigible, por lo que el usuario debe iniciar (o continuar) el pago de ellas no obstante carecer del uso del bien, por haber aceptado el riesgo de incumplimiento del proveedor.¹¹⁵⁸ **B)** Entender, como propongo, que la obligación de pagar las cuotas no se ha hecho exigible mientras el usuario no acepte efectivamente el bien. A favor de esta postura se ha argumentado: **a)** que la posición contraria no distingue el riesgo de incumplimiento del proveedor (que sí es asumido por el usuario) del riesgo de incumplimiento de la empresa de leasing, que no es asumido por el usuario, y que es el que se verifica en este caso, ya que dicha empresa ha pagado intempestivamente, en contra de la buena fe y violando la norma de comportamiento establecida en la ley y el contrato (los modelos contractuales suelen disponer que el pago del precio de la compraventa debe hacerse contra entrega del bien a satisfacción del usuario);¹¹⁵⁹ **b)** que si la empresa de leasing paga el precio antes de la entrega lo hace a su cuenta y riesgo, por lo que no podrá oponer el pago al usuario ni exigirle indemnización alguna, ya que ha agravado el riesgo que ha sido imputado a este último;¹¹⁶⁰ **c)** que la cláusula que dispone que el pago del precio al proveedor se haga contra aceptación del bien busca mantener el equilibrio de los intereses de las partes, por lo que la posición contraria provoca un desequilibrio que conduce a un enriquecimiento injusto del proveedor y un empobrecimiento del usuario que, si bien podría ser corregido por medio de la acción del usuario contra el proveedor, no se ve razón por la que el usuario deba ser

¹¹⁵⁸ En contra de esta posición se pronuncia PURCARO, ob. cit. (*La locazione...*), p. 157-158 argumentando que el interés del usuario no se satisface con la mera compra del bien, sino con su uso, por lo que la asunción del riesgo por su parte se debe corresponder con el beneficio que espera obtener (el uso), ya que de otra manera el contrato se transformaría en aleatorio para él. En definitiva, señala que esta posición adosa al usuario un riesgo que no ha asumido.

¹¹⁵⁹ PURCARO, ob. cit. (*La locazione...*), p. 161-162 y 169.

¹¹⁶⁰ GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*Leasing financiero mobiliario...*), p. 214-217; PURCARO, ob. cit. (*La locazione...*), p. 159-161 y 169, quien señala que el riesgo del usuario resulta duplicado en este caso, ya que queda expuesto al doble perjuicio de sufrir el daño por incumplimiento del proveedor, y el de tener que reembolsar el precio a la empresa de leasing; asimismo el autor distingue este caso de aquel en que el usuario informa falsamente a la empresa de leasing que recibió el bien y que lo acepta, caso en que el usuario debería pagar las cuotas de leasing como si hubiese recibido el bien, a título de responsabilidad. En similar sentido, ver JAZ, INC. v. FOLEY, Intermediate Court of Appeals of Hawai'i, 3 de febrero de 2004, caso en que la Corte estimó que no existía obligación del usuario de pagar las cuotas aun cuando la empresa de leasing hubiese pagado el precio al proveedor, ya que éste no había entregado el bien y, en consecuencia, el usuario no lo había aceptado, debiendo la empresa de leasing asumir los riesgos.

quien deba asumir la carga de restituir un desequilibrio que fue causado por la empresa de leasing.¹¹⁶¹

C) *La obligación del usuario de pagar las cuotas se vuelve irrevocable e independiente de las vicisitudes del bien.*

Este efecto es consecuencia de dos aspectos propios de la operación de leasing financiero. Primero, de que la aceptación del bien hace simultáneamente exigibles las obligaciones de pagar el precio al proveedor por parte de la empresa de leasing, y de reembolsar la suma financiada por parte del usuario, según se expuso en las letras anteriores. Y segundo, de la causa financiera, en cuya virtud el reembolso de la suma financiada está desvinculado causalmente del goce del bien, ya que el pago de las cuotas no constituye la contraprestación por dicho goce.¹¹⁶²

El efecto comentado es también reconocido en la sección 2A-407(1) UCC,¹¹⁶³ art. 10.1(a) y 23.1(b) LMUL¹¹⁶⁴ y art. 576-3 letras a) y b) ACM.¹¹⁶⁵

D) *Da inicio al período de goce del bien por parte del usuario.*¹¹⁶⁶

28. 2. 5.- Riesgos asumidos por el usuario.

Como confirmación de la calificación que aquí se ha dado a la relación jurídica entre usuario y proveedor, se puede observar que hay cierto acuerdo en que el usuario asume los riesgos asociados normalmente a un comprador.¹¹⁶⁷ En especial asume los

¹¹⁶¹ PURCARO, ob. cit. (*La locazione...*), p. 165-166.

¹¹⁶² Ver *supra* N° 27.5.2.

¹¹⁶³ Esta norma fue analizada *supra* N° 24.2.2. Ver en contra JAZ, INC. v. FOLEY, Intermediate Court of Appeals of Hawai'I, 3 de febrero de 2004, caso en que la Corte estimó inaplicable la cláusula de irrevocabilidad e independencia y declaró la ausencia de la obligación del usuario de pagar las cuotas a la empresa de leasing debido a la falta de entrega del bien, a pesar de haber suscrito el usuario el certificado de aceptación del bien.

¹¹⁶⁴ Ver al respecto *supra* N° 24.4.1.

¹¹⁶⁵ Ver al respecto *supra* N° 24.5.1.

¹¹⁶⁶ DE NOVA, ob. cit. (*Il contratto...*), p. 36

¹¹⁶⁷ GONZÁLEZ VÁSQUEZ, ob. cit., p. 1.312; PURCARO, ob. cit. (*La locazione...*), p. 116. Ver también DGRN, Resolución N° 8659/2016, de 28 de julio; DGRN, Resolución N° 1797/2005, de 29 de enero y DGRN, Resolución N° 8157/1998, de 26 de octubre, en las que se expresa que la finalidad del leasing financiero es la de “*producir una transmisión gradual y fraccionada de las facultades y obligaciones inherentes al dominio*”.

riesgos relativos al bien,¹¹⁶⁸ entre los que se incluye principalmente su pérdida,¹¹⁶⁹ sea fortuita,¹¹⁷⁰ por responsabilidad de terceros,¹¹⁷¹ o por responsabilidad propia del usuario.¹¹⁷²

Dichos riesgos se traducen en la asunción de dos obligaciones por parte del usuario. En primer lugar, la obligación de contratar seguros por todo el tiempo que dure el contrato.¹¹⁷³ Generalmente se tratará de un seguro a todo riesgo (cuyo beneficiario es la

¹¹⁶⁸ CLARIZIA, ob. cit., (*La locazione...*), p. 61 y 127, donde transcribe una cláusula en estos términos; DE LA CUESTA RUTE, ob. cit. (*Reflexiones...*), p. 535, quien agrega que el usuario asume todos los riesgos derivados de la propiedad de bien, aunque no sea su dueño; DE NOVA, ob. cit., p. 43; GRISAFI, ob. cit., p. 798; PURCARO, ob. cit. (*La locazione...*), p. 103, 116 y 185; REAL PÉREZ, ob. cit. (*"Leasing"...*), p. 506; SÁNCHEZ-PARODI PASCUA, ob. cit., p. 209; TORRESI, , Filippo Maria, *Breve nota sulla legittimazione dell'utilizzatore del bene concesso in leasing ad agire per il risarcimento del danno cagionato da un terzo*. En *Il Diritto Marittimo*, Vol. 114, fascículo N° 1 (enero-marzo 2012), p. 249; SCCI de 12 de enero de 2011 (534); SCCI de 11 de julio de 1995 (7595); SCCI de 17 de mayo de 1991 (5571); JAZ, INC. v. FOLEY, Intermediate Court of Appeals of Hawai'I, 3 de febrero de 2004. Ver también STS de 7 de febrero de 1995 (RJ 1995/1226), donde se señala que cuando el usuario aporta a una sociedad mercantil la "utilización y aprovechamiento comercial" del bien, los riesgos relativos a éste siguen siendo de cuenta del usuario cuando nada se pacta al respecto.

¹¹⁶⁹ BUONOCORE, ob. cit., p. 26; CLARIZIA, ob. cit., (*La locazione...*), p. 61 DE LA CUESTA RUTE, ob. cit. (*Reflexiones...*), p. 588-589; DE NOVA, ob. cit. (*Il contratto...*), p. 43; PACINI, ob. cit., p. 261; PURCARO, ob. cit. (*La locazione...*), p. 186-187; SCCI de 17 de mayo de 1991 (5571).

¹¹⁷⁰ CABANILLAS SÁNCHEZ, ob. cit. (*La naturaleza...*), p. 106-107, quien, adhiriendo a la concepción arrendaticia del contrato de leasing propiamente dicho, entiende que esta obligación rige sólo en tanto el usuario es obligado a contratar un seguro cuya indemnización se destine a la reposición del bien, ya que en caso contrario se extingue el contrato de arrendamiento en virtud del art. 1.568 CC, postura que reafirma en CABANILLAS SÁNCHEZ, ob. cit. (*La configuración...*), p. 1.010-1.011; CLARIZIA, ob. cit., (*La locazione...*), p. 131, que transcribe una cláusula en estos términos; DE LA CUESTA RUTE, ob. cit. (*Reflexiones...*), p. 588-589; DE NOVA, ob. cit. (*Il contratto...*), p. 43; DÍAZ ECHEGARAY, ob. cit., p. 727; GONZÁLEZ VÁSQUEZ, ob. cit., p. 1.312; MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, ob. cit., p. 227; PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, ob. cit., p. 595; PURCARO, ob. cit. (*La locazione...*), p. 185-187 y 230; SÁNCHEZ CALERO y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, ob. cit., p. 297; SANTOS SÁNCHEZ, ob. cit., p. 478; STS de 10 de abril de 1981 (RJ 1981/1532).

¹¹⁷¹ NARDI, ob. cit. p. 293; SCCI de 12 de octubre de 2010 (21011); SCCI de 1 de julio de 2002 (9554).

¹¹⁷² NARDI, ob. cit. p. 293; PURCARO, ob. cit. (*La locazione...*), p. 188, con fundamento en la obligación de conservación que asume el usuario y la asunción de los riesgos del bien.

¹¹⁷³ CHULIA VICENT y BELTRÁN ALANDETE, ob. cit., p. 45; CLARIZIA, ob. cit., (*La locazione...*), p. 134 transcribe una cláusula en estos términos; DE PRADA GONZÁLEZ, ob. cit., p. 665; DE LA CUESTA RUTE, ob. cit. (*Reflexiones...*), p. 588; GONZÁLEZ VÁSQUEZ, ob. cit., p. 1.312; IMBRENDA, ob. cit. (*Il leasing...*), p. 112; IMBRENDA, ob. cit. (*Leasing...*), p. 114; PURCARO, ob. cit. (*La locazione...*), p. 103-104 y 188-193; SÁNCHEZ CALERO y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, ob. cit., p. 297; SANTOS SÁNCHEZ, ob. cit., p. 478; STS de 10 de abril de 1981 (RJ 1981/1532).

empresa de leasing¹¹⁷⁴) y un seguro de responsabilidad civil,¹¹⁷⁵ cuya indemnización se destinará al cumplimiento de las obligaciones del cliente, que en este caso se concretan en la reparación del bien (en caso de destrucción parcial)¹¹⁷⁶ o en el pago de las cuotas pendientes más el valor residual (en el caso de destrucción total).¹¹⁷⁷ En segundo lugar, en virtud del principio de irrevocabilidad e independencia, se contempla la obligación de continuar el pago de las cuotas de leasing mientras dure el siniestro, obligación que se traduce en el pago de todas las cuotas restantes y del valor residual en caso de destrucción total.¹¹⁷⁸

Asimismo, en relación con el bien, el usuario asume el coste de su reparación y mantención,¹¹⁷⁹ así como la responsabilidad por daños a terceros que se deriven de su uso.¹¹⁸⁰

¹¹⁷⁴ DE LA CUESTA RUTE, ob. cit. (*Reflexiones...*), p. 588; GONZÁLEZ VÁSQUEZ, ob. cit., p. 1.313; SANTOS SÁNCHEZ, ob. cit., p. 478; STS de 3 de febrero de 2000 (RJ 2000/621), en cuyo Fundamento de Derecho Tercero se transcribe una cláusula en estos términos; STS de 10 de abril de 1981 (RJ 1981/1532).

¹¹⁷⁵ CAMERA DI COMMERCIO DI MILANO, ob. cit., p. 552; DE LA CUESTA RUTE, ob. cit. (*Reflexiones...*), p. 589.

¹¹⁷⁶ GONZÁLEZ VÁSQUEZ, ob. cit., p. 1.313. Según expone GARCÍA GARNICA, ob. cit. (*El régimen jurídico...*), p. 213, se puede otorgar al usuario un derecho de opción entre la solución arriba apuntada o la terminación anticipada del contrato.

¹¹⁷⁷ CHULIA VICENT y BELTRÁN ALANDETE, ob. cit., p. 49, GARCÍA GARNICA, ob. cit. (*El régimen jurídico...*), p. 212 y GONZÁLEZ VÁSQUEZ, ob. cit., p. 1.313 apuntan que, a fin de no caer en situaciones de enriquecimiento injusto, el límite de la indemnización a recibir por parte de la empresa de leasing debe estar constituido por el monto del crédito concedido al usuario. Si la indemnización no alcanza a cubrir estos costes, la empresa de leasing conserva el crédito contra el usuario, y, en caso contrario, el sobrante queda a favor del usuario, pactándose en ambos casos la extinción anticipada del contrato. En similar sentido, DE LA CUESTA RUTE, ob. cit. (*Reflexiones...*), p. 588.

¹¹⁷⁸ CAMERA DI COMMERCIO DI MILANO, ob. cit., p. 552; DE LA CUESTA RUTE, ob. cit. (*Reflexiones...*), p. 588-589; DE NOVA, ob. cit. (*Il contratto...*), p. 43. Para cumplir esta finalidad se puede documentar el pago de las cuotas por medio de algún efecto de comercio, de manera que se separe la obligación de pago respecto de la obligación cambiaria resultante del título de crédito. Con ello la empresa de leasing podrá pagarse de las cuotas independientemente de cualquier discusión en torno al contrato de leasing, y contará con las ventajas del juicio ejecutivo. Ver al efecto CHULIA VICENT y BELTRÁN ALANDETE, ob. cit., p. 46; GONZÁLEZ VÁSQUEZ, ob. cit., p. 1.313.

¹¹⁷⁹ BELTRÁN ALANDETE, ob. cit., p. 669; DE PRADA GONZÁLEZ, ob. cit., p. 664; GONZÁLEZ VÁSQUEZ, ob. cit., p. 1.312; REAL PÉREZ, ob. cit. (*"Leasing"...*), p. 506; SANTOS SÁNCHEZ, ob. cit., p. 478; SANTOS SÁNCHEZ, ob. cit., p. 478; STS de 10 de abril de 1981 (RJ 1981/1532); STS de 24 de mayo de 1999 (RJ 1999/3927), donde se transcribe una cláusula en este sentido; DGRN,

Finalmente, el usuario asume el riesgo de incumplimiento del proveedor,¹¹⁸¹ tanto de los acuerdos iniciales que asume con el usuario (por ejemplo, si se niega a vender el bien a la empresa de leasing),¹¹⁸² como de las obligaciones que le corresponden como vendedor una vez celebrado el contrato de compraventa,¹¹⁸³ lo que implica asumir la posición activa en el ejercicio de los remedios ejercitables contra el proveedor por dichas causas.

28. 2. 6.- Diferencia de enfoque respecto de los riesgos asumidos por el usuario.

Puede advertirse que en los puntos anteriores se han citado conjuntamente autores y sentencias que apoyan tanto la concepción bipartita como la unitaria. Ello permite concluir que existe un acuerdo más o menos generalizado respecto de *cuáles son* las obligaciones y riesgos asumidos por el usuario, lo que no puede ser de otra forma, ya que el análisis suele hacerse a partir de los formularios de contrato que se utilizan en la práctica, que revelan la realidad de la operación.

La diferencia que sí se puede observar entre una y otra concepción es la relativa al origen de los riesgos asumidos por el usuario, lo que conduce a consecuencias jurídicas diversas, como se verá a continuación.

En la estructura bipartita se entiende que el riesgo del bien se traspasa del proveedor a la empresa de leasing, que lo adquiere en su calidad de compradora, pero que

Resolución N° 8157/1998, de 26 de octubre. En contra, ver STS de 30 de junio de 1993 (RJ 1993/5336), caso en que en un supuesto de leasing inmobiliario se condenó a la empresa de leasing (y no al usuario, que ni siquiera fue demandado) a efectuar reparaciones en el bien, argumentando el Tribunal que tal obligación le correspondía en su calidad de propietaria del bien.

¹¹⁸⁰ DE NOVA, ob. cit. (Il contratto...), p. 44; LEVY, ob. cit., p. 289; NARDI, ob. cit., p. 294; PACINI, ob. cit., p. 261; PURCARO, ob. cit. (*La locazione...*), p. 102, 185 y 229-231; SANTOS SÁNCHEZ, ob. cit., p. 478.

¹¹⁸¹ GONZÁLEZ VÁSQUEZ, ob. cit., p. 1.309; PURCARO, ob. cit. (*La locazione...*), p. 116, 145; SÁNCHEZ-PARODI PASCUA, ob. cit., p. 195; SANTOS SÁNCHEZ, ob. cit., p. 478; HINKEL EXCAVATION & CONSTR., INC. v. CONSTR. EQUIP. INT'L LTD, United States District Court for the Northern District of Iowa, Western Division, 10 de abril de 2001; SCCI de 21 de junio de 1993 (6862).

¹¹⁸² PURCARO, ob. cit. (*La locazione...*), p. 133-135.

¹¹⁸³ Ver DE NOVA, ob. cit., p. 43, PURCARO, ob. cit. (*La locazione...*), p. 135 y SCCI de 21 de junio de 1993 (6862) para el caso de falta de entrega; DE NOVA, ob. cit., p. 43 para entrega tardía y LÓPEZ FRÍAS, ob. cit. (*Los contratos conexos...*), p. 141 para el caso de insolvencia del proveedor.

luego (en virtud del otro contrato que integra la operación) lo *transfiere* convencionalmente al usuario por medio de las cláusulas de exoneración y subrogación.¹¹⁸⁴ Cabe observar que esta “exoneración de obligaciones” de la empresa de leasing se hace inconscientemente considerándola como compradora/arrendadora (incluso por quienes niegan el carácter arrendaticio del contrato de leasing propiamente dicho), ya que las obligaciones de que resulta eximida son en definitiva aquellas que legalmente corresponderían a un arrendador (entrega, conservación de la cosa y garantía del goce pacífico, en caso de admitirse).

En todo caso, cabe destacar que la descrita sucesión de traslado de riesgo, aun cuando pueda ser criticable por sus efectos,¹¹⁸⁵ es coherente con la lógica bipartita de dos contratos en que el bien es primero transferido por el proveedor a la empresa de leasing y luego es dado en goce por ésta al usuario. Esta situación de coherencia con la estructura bipartita versus efectos adversos de dicha coherencia, es lo opuesto a lo que sucede en algunos de los textos que proporcionan una regulación del leasing financiero, que adoptan una solución más pragmática, al establecer el traslado del riesgo directamente del proveedor al usuario (sin pasar por la empresa de leasing),¹¹⁸⁶ solución que, como se verá a

¹¹⁸⁴ Ver *supra* N° 22.1.2, donde se analizó la calificación de la cláusula de “exoneración”, “inversión” o “traslación” del riesgo, expresiones que suponen que el riesgo recaído en la empresa de leasing se transmite al usuario en virtud de esta cláusula. Ver también DÍAZ ECHEGARAY, ob. cit., p. 727; SÁNCHEZ-PARODI PASCUA, ob. cit., p. 195; SAT de Valencia, 2 de diciembre de 1986 (RAJ 1986/7157), donde se expresa que “entregado el material, no es obligación contractual de la sociedad de leasing asegurar el buen funcionamiento del mismo, ni su idoneidad” (el subrayado es mío).

¹¹⁸⁵ El principal efecto de la lógica descrita es la aplicación de las cláusulas de exoneración/subrogación, que es necesaria para conseguir el cariz financiero de la intervención de la empresa de leasing. Respecto de los problemas que conllevan las cláusulas de exoneración y subrogación, ver *supra* N° 22.

¹¹⁸⁶ En Estados Unidos ver las secciones 2A-219 y 2A-220 UCC, que regulan la transferencia del riesgo del bien directamente desde el proveedor al usuario, salvo el excepcional caso de la sección 2A-220(1)(b) en relación con la sección 2A-517(1)(b), que se justifica porque en este caso la empresa de leasing interviene en la elección del bien, lo que habilita al usuario para revocar válidamente la aceptación del bien y hacer responsable a la citada empresa. Ver al efecto GROSS, ob. cit., p. 143; LAWRENCE y MINAN, ob. cit., p. 551; WHITE et. al., ob. cit. (vol. 2), p. 13. En contra, MICHAEL R. WHITE & ASSOCS. V. JAWAD (In re Jawad), United States Bankruptcy Appellate Panel for the Ninth Circuit, 9 de mayo de 2006, caso en que la Corte entendió que, como regla general, la empresa de leasing (y no el proveedor) retiene el riesgo hasta la aceptación por parte del usuario; JAZ, INC. v. FOLEY, Intermediate Court of Appeals of Hawai’I, 3 de febrero de 2004, p. 8-10, donde la Corte estimó que el riesgo en caso de falta de entrega lo tiene la empresa de leasing.

En relación con los textos Unidroit, el art. 11.1 LMUL también dispone la transferencia directa del riesgo de parte del proveedor al usuario. Ver al efecto BACKOVIC, ob. cit., p. 865 y BEY, ob. cit., p. 618.

continuación, es más bien propia de la concepción unitaria (y no de la concepción bipartita en que dichos textos se basan¹¹⁸⁷), es decir, de un esquema en que proveedor y usuario están vinculados contractualmente, por lo que el usuario asume el riesgo en calidad de acreedor directo del proveedor que lo transmite. Como puede apreciarse, la situación aquí se produce en términos de efectos beneficiosos a costa de la coherencia con la concepción bipartita en que los antedichos textos se fundamentan, beneficio que en algunas ocasiones se auto concede el legislador al regular una institución.

En la concepción unitaria, en cambio, se entiende que el riesgo se traspaša directamente del proveedor al usuario, ya que siendo éste acreedor (directo) de la obligación de entrega y las demás que incumben al proveedor como vendedor, asume el riesgo de incumplimiento del deudor y el de imposibilidad de utilizar el bien.¹¹⁸⁸ La empresa de leasing, en tanto, no es responsable frente al usuario, ya que cumple la función de intermediario financiero.¹¹⁸⁹ De esta forma, en la concepción unitaria no se habla de *transferencia* de riesgo desde la empresa de leasing al usuario, ya que el riesgo nunca estuvo radicado en aquella, por lo que no tiene nada que transferir.¹¹⁹⁰ Esta asunción

Menos clara es la CUAFI, donde a partir del art. 8.1 parece entenderse que el riesgo es asumido por el usuario como efecto de la exoneración de la empresa de leasing. Del mismo modo, el art. 576-1 ACM da a entender que es la empresa de leasing la que transfiere el riesgo al usuario, mientras que el art. 576-3 letras a) y b) adjudican al usuario el riesgo como consecuencia de la exoneración del mismo a la empresa de leasing, de lo que cabría concluir que el riesgo recae originariamente en ésta como compradora, al amparo de la regla general del art. 511-15.

En Italia, CLARIZIA, ob. cit., (*La locazione...*), p. 205 se pronuncia a favor de la transferencia directa del riesgo desde el proveedor al usuario, a pesar de adherir a la concepción bipartita.

¹¹⁸⁷ Respecto de la forma en que se adopta la concepción bipartita en cada uno de los textos analizados, ver *supra* N° 17 a 20.

¹¹⁸⁸ CHINDEMI, ob. cit. (*Invalidità...*), p. 325; CHINDEMI, ob. cit. (*Trilateralità...*), p. 186; PURCARO, ob. cit. (*La locazione...*), p. 25, 35, 127-128, 148-149, 153-156 y 175. En similar sentido, CAMERA DI COMMERCIO DI MILANO, ob. cit, p. 552 (art. 2) para leasing mobiliario y p. 553 (art. 3) para leasing inmobiliario.

¹¹⁸⁹ CHINDEMI, ob. cit. (*Invalidità...*), p. 325; IMBRENDA, ob. cit., p. 105; IMBRENDA, ob. cit. (*Il leasing*), p. 34; PURCARO, ob. cit. (*La locazione...*), p. 130 señala que no sería coherente con la posición de intermediario financiero de la empresa de leasing que se hiciera recaer sobre ella el riesgo de una operación concordada entre usuario y proveedor, a la que dicha empresa adhiere con la sola finalidad de invertir su capital financiero, adquiriendo el bien exclusivamente para constituir una garantía objetiva a su favor.

¹¹⁹⁰ Ello excluye el problema de la validez de la cláusula de exoneración o traslado de riesgo, que tanta controversia provoca en la concepción bipartita, según se expuso *supra* N° 22.1.3.

(directa) del riesgo por parte del usuario, unida a la causa financiera del contrato, explican el principio de irrevocabilidad e independencia.¹¹⁹¹

28. 3.- Obligaciones de la empresa de leasing.

28. 3. 1.- Obligaciones frente al usuario.

La principal obligación que asume la empresa de leasing frente al usuario es la de destinar la suma financiada a la adquisición del bien,¹¹⁹² la que se efectuará en las condiciones previamente pactadas entre el usuario y el proveedor.¹¹⁹³ En cumplimiento de esta obligación, la empresa de leasing suscribe con el proveedor un contrato de compraventa, que junto con el documento denominado contrato de leasing conforman el soporte documental en que se contienen las obligaciones de todas las partes de la operación.

Se debe recordar, sin embargo, que lo que el usuario busca financiar en definitiva es el uso del bien y eventualmente su propiedad. De allí que la sola adquisición del bien por parte de la empresa de leasing no satisface el interés del usuario si adicionalmente no se le permite utilizarlo.¹¹⁹⁴ El problema jurídico aquí es resolver a qué título el usuario puede utilizar el bien o, en otras palabras, qué obligación asume la empresa de leasing a este respecto.

En el marco de la concepción bipartita se entiende que el usuario queda habilitado a utilizar el bien porque la empresa de leasing asume la obligación de *cederle su uso o goce*.

¹¹⁹¹ Ver *supra* N° 27.5.2. Este principio implica que el usuario no puede oponer a la empresa de leasing excepciones que deriven del incumplimiento de las obligaciones que corresponden al proveedor. Ver al efecto PURCARO, ob. cit. (*La locazione...*), p. 149, para quien ésta es una de las condiciones que impone la empresa de leasing para adherir al pacto previo entre usuario y proveedor.

¹¹⁹² Ver *supra* N° 27.5.2 Los adherentes a la tesis del negocio de financiación atípico también entienden que la empresa de leasing se obliga en estos términos (ver *supra* N° 10.3.6), aunque con las diferencias de enfoque señaladas *supra* N° 27.5.3.

¹¹⁹³ CAMERA DI COMMERCIO DI MILANO, *Raccolta provinciale degli usi*, p. 552, p. 553 (art. 3) para leasing inmobiliario; CHINDEMI, ob. cit. (*Invalidità...*), p. 325; CHINDEMI, ob. cit. (*Trilateralità...*), p. 186; CORBO, ob. cit., p. 171; GORGONI, ob. cit. (*Credito...*), p. 1.159; PURCARO, ob. cit. (*La locazione...*), p. 87; PURCARO, ob. cit. (*I problemi...*), p. 545-546.

¹¹⁹⁴ PURCARO, ob. cit. (*La locazione...*), p. 138-139.

Así se entiende tanto en los ordenamientos que no regulan el leasing financiero,¹¹⁹⁵ como en aquellos que sí lo hacen.¹¹⁹⁶

Por mi parte, creo que este planteamiento implica no desprenderse totalmente del carácter arrendaticio y bipartito que consciente o inconscientemente ronda el análisis del leasing financiero, y que opera sobre la base de la venta del bien por parte del proveedor a la empresa de leasing y el consecutivo arrendamiento (o cesión de goce, para quienes intentan alejarse de la tesis del arrendamiento) por parte de la empresa de leasing al usuario. Es este esquema el que, además, sirve de sustento para justificar la existencia de otras obligaciones de la empresa de leasing, que a mi juicio no asume. Me refiero a la obligación de entregar el bien al usuario,¹¹⁹⁷ la obligación de saneamiento de la evicción¹¹⁹⁸ y a la obligación de acordar con el proveedor la legitimación del usuario en contra de este último para ejercitar las acciones que a la empresa de leasing corresponden como comprador,¹¹⁹⁹ es decir, de pactar la cláusula de subrogación, que va asociada a la cláusula de exoneración.

Tales obligaciones no tienen otro fundamento que el entender que la empresa de leasing se obliga a *ceder el goce* del bien al usuario. Si asume esta obligación, estará obligada

¹¹⁹⁵ Esta posición es casi unánime, pudiendo citarse al efecto los adherentes de la tesis del arrendamiento, mencionados *supra* N° 10.3.1, además de poder consultarse, por ejemplo, CRISTINA UDA, ob. cit., p. 103; DE NOVA, ob. cit., p. 38; DÍAZ ECHEGARAY, ob. cit., p. 725; GARCÍA GARNICA, ob. cit. (*El régimen jurídico...*), p. 193; GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*Leasing financiero mobiliario...*), p. 92-96; GONZÁLEZ VÁSQUEZ, ob. cit., p. 1.307; ROJO AJURIA, ob. cit. (*Leasing mobiliario*), p. 251; SÁNCHEZ CALERO y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, ob. cit., p. 295; SANTOS SÁNCHEZ, ob. cit., p. 478; VARA DE PAZ, ob. cit., p. 196; SCCI de 12 de marzo de 2004 (5125); SCCI de 26 de enero de 2000 (854); SAP de Santa Cruz de Tenerife de 26 de septiembre de 1992.

¹¹⁹⁶ Así se desprende de las definiciones de leasing financiero en los textos analizados. Ver al efecto la sección 2A-102(1)(g), que comienza diciendo que el leasing financiero es un arrendamiento, cuya definición consta en la sección 2A-102(1)(j), que a su vez señala como obligación del arrendador transferir el derecho a poseer y usar el bien; art. 1(b) CUAFI; art. 2 LMUL y art. 576-1.1 ACM.

¹¹⁹⁷ Ver *supra* N° 28.1.3.

¹¹⁹⁸ Ver *supra* N° 22.1.3 y 22.2.7 la discusión que a este efecto existe en el marco de la concepción bipartita.

¹¹⁹⁹ CAPPIELLO, ob. cit., p. 653, que transcribe una cláusula en este sentido; DE NOVA, ob. cit. (*Il contratto...*), p. 42; ROJO AJURIA, ob. cit. (*Leasing mobiliario*), p. 251. Por su parte, PURCARO, ob. cit. (*La locazione...*), p. 89, como adherente a la concepción unitaria, contempla esta obligación, pero de forma mucho más matizada, al entender que la empresa de leasing se obliga a "pactar o reconocer a favor del usuario el derecho de ejercitar contra el proveedor las acciones derivadas del contrato de compraventa" (el subrayado es mío).

a entregarle el bien para que pueda acceder a su uso. Asimismo, como consecuencia de la asunción de dicha obligación, el usuario tendrá el derecho personal correlativo de exigir el respecto de su derecho de goce, sea contra interferencias del propio obligado, sea contra la interferencia de terceros (lo que justifica la obligación de saneamiento de la evicción). Y si la empresa de leasing quiere conseguir la tantas veces mencionada intervención financiera, necesita desprenderse contractualmente de las obligaciones que le corresponden como *cedente del goce* (lo que justifica la cláusula de exoneración), y pactar expresamente la facultad del usuario para dirigirse contra el proveedor, en vez de dirigirse contra la directamente obligada a *cederle el goce* del bien (lo que justifica la cláusula de subrogación).

Por ello es que creo que si se quiere ser consecuente con la estructura unitaria del leasing financiero en base a una causa de financiamiento única, es más apropiado entender que el usuario accede al uso del bien porque el proveedor asume directamente frente a él la obligación de entrega y las demás que le corresponden como vendedor (salvo la de transferir la propiedad) en las condiciones que ambos (proveedor y usuario) han acordado en el pacto previo, aspecto de la operación que es *aceptado o consentido* por la empresa de leasing,¹²⁰⁰ quien se obliga a dejar constancia de lo anterior en los documentos que dan cuenta del contrato de compraventa.¹²⁰¹ Esta forma de concebir las obligaciones de las partes es coherente con la relación jurídica de naturaleza contractual atípica que existe entre proveedor y usuario, en virtud de la que ambos se comportan respectivamente como vendedor y comprador, asumiendo el proveedor obligaciones de naturaleza contractual frente al usuario, quien tiene legitimación directa (en calidad de contraparte) para ejercitar los remedios que corresponda,¹²⁰² aspectos todos a los que es ajena la empresa de leasing,

¹²⁰⁰ En similar sentido, en relación con la entrega del bien, PURCARO, ob. cit. (*La locazione...*), p. 88.

¹²⁰¹ Como se expuso *supra* N° 27.2, el pacto en que el proveedor se obliga a cumplir respecto del usuario la entrega puede constar en la factura emitida con motivo de la compraventa, o bien en la orden de compra que debe emitir la empresa de leasing al proveedor, constando también en este último documento el hecho de que las demás obligaciones del proveedor (salvo la de transferir el dominio) serán cumplidas directamente a favor del usuario. Si se suscribió un contrato de compraventa (lo que siempre sucederá en el leasing inmobiliario, mas no en el mobiliario), estos extremos constarán en él. Sin perjuicio de lo anterior, a veces se hacen constar estos pactos también en el contrato de leasing. Ver al efecto la cláusula 1.2 del modelo de contrato de leasing financiero del banco Santander, donde consta que “el usuario declara indemne al Arrendador Financiero en relación a la entrega de los Bienes, ya que se efectúa directamente por el/los Proveedor/es al Usuario, según lo acordado previamente por éstos” (el subrayado es mío).

¹²⁰² Esto trae como consecuencia que la empresa de leasing no se obliga a pactar las cláusulas de exoneración y subrogación, ya que el usuario está legitimado contra el proveedor en virtud de la

en su calidad de intermediario financiero. De esta forma se posibilita el uso y goce del bien por parte del usuario (como si fuera comprador) y se mantiene el rol estrictamente financiero de la empresa de leasing en un contexto de unidad contractual.

Esta obligación de consentir el cumplimiento de obligaciones del proveedor frente al usuario (y de pactar lo anterior en los documentos que dan cuenta de la compraventa), conlleva una obligación de no hacer, que se traduce en abstenerse de realizar cualquier acto que obstaculice el goce del bien por parte del usuario.¹²⁰³ Esto implica también una diferencia con la concepción bipartita, ya que en ésta se entiende que como la empresa de leasing *cede* el goce del bien al usuario, tiene la obligación de *garantizar* este goce por medio de la obligación de saneamiento de la evicción. En el esquema obligacional que propongo, en cambio, las obligaciones relativas al bien no son satisfechas por parte de la empresa de leasing (a quien sólo compete el comportamiento de abstención recién referido), sino por el proveedor, quien deberá cumplir frente al usuario las obligaciones derivadas de la garantía de evicción.¹²⁰⁴

Por último, cabe mencionar que la empresa de leasing se obliga frente al usuario a transferirle el dominio del bien en caso de que éste ejercite la opción de compra una vez satisfecha la suma financiada.¹²⁰⁵ Ello implica, por supuesto, el pacto de dicha opción, necesario desde que, como se ha dicho, aparte de financiarse el uso del bien, se provee la posibilidad de que el usuario pueda llegar a ser su propietario.

28. 3. 2.- Obligaciones frente al proveedor.

Frente al proveedor la empresa de leasing asume la obligación de pagar el precio de adquisición del bien¹²⁰⁶ en las condiciones previamente pactadas entre usuario y proveedor, que por regla general será pago al contado.

relación contractual que los une, según se expuso *supra* N° 27.4.4, aunque con las prevenciones de carácter práctico allí propuestas.

¹²⁰³ PURCARO, ob. cit. (*La locazione...*), p. 89.

¹²⁰⁴ PURCARO, ob. cit. (*La locazione...*), p. 89.

¹²⁰⁵ GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*Leasing financiero mobiliario...*), p. 96-98; PURCARO, ob. cit. (*La locazione...*), p. 91-93.

¹²⁰⁶ STS de 15 de marzo de 2001 (RJ 2001/3980); STS de 4 de junio de 2000 (RJ 2000/4399); SAP de Barcelona de 25 de mayo de 1994 (AC 1994/890), que, en un caso de demanda del proveedor contra la empresa de leasing por falta de pago del precio de la compraventa, aclara que la empresa de

Cabe destacar que esta obligación es asumida frente al proveedor pero también frente al usuario (se debe recordar que la adquisición del bien constituye la forma en que la empresa de leasing se obliga a invertir la suma financiada), de manera que su incumplimiento hace responsable a la deudora frente a los dos acreedores.¹²⁰⁷

28. 3. 3.- Riesgos asumidos por la empresa de leasing.

Hay consenso, tanto en la tesis bipartita como en la unitaria, en cuanto a que la empresa de leasing sólo asume el riesgo financiero, es decir, el de incumplimiento del usuario en el pago de las cuotas.¹²⁰⁸

Sin embargo, esta afirmación parece ser dejada de lado cuando, cuando en el marco de la concepción bipartita, se atribuyen a la empresa de leasing otras obligaciones adicionales a las estrictamente financieras,¹²⁰⁹ con lo que se le terminan adicionando otros riesgos, como aquellos relativos al bien (si se entiende que dicha empresa asume la obligación de saneamiento de la evicción), o el riesgo de incumplimiento del proveedor, cuando se entiende que dicha empresa asume la obligación de pactar las cláusulas de exoneración y subrogación, y alguna de éstas llega a carecer de efecto.¹²¹⁰

Resulta interesante observar que la empresa de leasing puede adosar al proveedor el riesgo de incumplimiento o insolvencia del usuario, cuando se estipula en el contrato de compraventa el pacto de recompra, analizado anteriormente.¹²¹¹

leasing es la *única* obligada a pagar el precio, frente al argumento de ésta en cuanto a que el usuario estaba obligado a pagar el precio por habersele entregado el bien.

¹²⁰⁷ PURCARO, ob. cit. (*La locazione...*), p. 87.

¹²⁰⁸ DE LA CUESTA RUTE, ob. cit. (*Reflexiones...*), p. 548; DE NOVA, ob. cit. (*Il contratto...*), p. 43; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, ob. cit., p. 317; GARCÍA GARNICA, ob. cit., (*Comentario...*), p. 790; GARCÍA SOLÉ, ob. cit. (*Leasing. Acción directa...*), p. 537; IMBRENDA, ob. cit. (*Il leasing...*), p. 86, Nota N° 223; IMBRENDA, ob. cit. (*Leasing...*), p. 84, Nota N° 266; MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, ob. cit., p. 224 y 227; PURCARO, ob. cit. (*La locazione...*), p. 101, 116 y 188; RODRÍGUEZ-ROVIRA, ob. cit., p. 1.177; SAP de Girona de 12 de marzo de 2010 (JUR 2010/176713); SCCI de 17 de mayo de 1991 (5571).

¹²⁰⁹ Ver *supra* N° 28.3.1.

¹²¹⁰ Ver *supra* N° 22.1.4, donde se expuso que la sanción mayoritariamente aceptada en el marco de la concepción bipartita es hacer responsable a la empresa de leasing cuando se incumplen los requisitos exigidos para la validez de la cláusula de exoneración.

¹²¹¹ Ver *infra* N° 28.1.4.

Al riesgo anteriormente mencionado cabría agregar el de obsolescencia o depreciación del bien, en caso de que el usuario no ejercite la opción de compra.¹²¹²

29.- CONCLUSIONES PARCIALES. PLANTEAMIENTO DE UNA TESIS.

Sin perjuicio de lo que se expondrá en las conclusiones finales, vale la pena exponer aquí un brevísimo extracto de los planteamientos contenidos en este Capítulo, que implican la construcción de una tesis basada en el carácter unitario de la operación. Ello permitirá abordar de mejor manera las consecuencias prácticas de dicho marco teórico, tarea a la que se dedica el próximo Capítulo.

Una vez analizadas las dos concepciones referidas a la estructura del leasing financiero se puede advertir que la concepción unitaria es jurídicamente más realista, ya que reconoce derechamente la naturaleza contractual de todas las relaciones a que da lugar la operación, sin recurrir a mecanismos jurídicos que, a fuerza de mantener en una estructura bipartita la mutua interrelación buscada por las partes, terminan muchas veces conduciendo a conclusiones poco justificadas dogmáticamente y poco ajustadas a los intereses de los contratantes.¹²¹³

De entre las relaciones a que da lugar el leasing financiero, se ha hecho especial hincapié en aquella existente entre usuario y proveedor, que se propone calificar como una relación jurídica de naturaleza contractual de carácter atípico, pero asimilable por analogía a la que existe entre un comprador y un vendedor. Como consecuencia, se propone aplicar a dicha relación jurídica (en subsidio de lo estipulado por las partes) los principios y normas de la compraventa, en específico, de la compraventa mercantil.

La relación contractual entre usuario y proveedor viene a cerrar el triángulo de relaciones jurídicas que conduce a reconocer en el leasing financiero una estructura

¹²¹² En este sentido, CHULIA VICENT y BELTRÁN ALANDETE, ob. cit., p. 33; GARCÍA SOLÉ, ob. cit. (*Leasing. Acción directa...*), p. 537; MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, ob. cit., p. 224, Nota 15; RODRÍGUEZ-ROVIRA, ob. cit., p. 1.178.

¹²¹³ Piénsese, por ejemplo, en las dificultades experimentadas en la concepción bipartita para conciliar la interrelación buscada por las partes de la operación con el principio de efecto relativo del contrato, cuya aplicación surge inevitablemente de la existencia de dos contratos (punto analizado *supra* N° 16); o las dudas que provoca la licitud de la cláusula de exoneración y los requisitos exigidos para ella (puntos analizados *supra* N° 22.1.3 y 22.1.4); o el injustificadamente amplio efecto atribuido a la cláusula de subrogación (punto analizado *supra* N° 22.2.5 a 22.2.7) y la desprotección del usuario a que pueden conducir los términos en que se plantean las cláusulas de exoneración y subrogación (punto analizado *supra* N° 22.2.9).

unitaria o trilateral que tiene una causa única de carácter financiero. Ello no implica desconocer que en la práctica el sustrato documental de la operación es múltiple, como si se tratase de dos contratos independientes. Más bien se trata de interpretar de forma conjunta y armónica dichos documentos, de los que se desprende que el leasing financiero constituye un solo cuerpo económico y jurídico que involucra a las tres partes.

CAPÍTULO IV

INFLUENCIA DE LA CONCEPCIÓN ADOPTADA EN LOS REMEDIOS DEL USUARIO POR INCUMPLIMIENTO DEL PROVEEDOR

30.- ASPECTOS GENERALES.

Como se expuso en los capítulos anteriores, la intervención de la empresa de leasing es muy limitada en lo que se refiere a los problemas relacionados con el bien, pues busca que los aspectos extra financieros sean tratados directamente entre proveedor y usuario. Este objetivo busca ser alcanzado a través de distintos mecanismos jurídicos cuya utilización dependerá de si se adopta la concepción bipartita o la concepción unitaria.

En este Capítulo se aplicará la tesis propuesta en el Capítulo III a los remedios que puede ejercitar el usuario en los casos de incumplimiento del proveedor, haciendo la comparación entre las soluciones a que se puede llegar en la concepción unitaria y aquellos a que conduce la aplicación de la concepción bipartita. Dicho análisis se efectuará en cuatro secciones destinadas a tratar respectivamente las acciones de cumplimiento, de saneamiento, de resolución y de indemnización de daños y perjuicios.

Con ello se pretende demostrar que la concepción unitaria aquí propuesta responde de forma más eficaz que la bipartita a los efectos que persiguen las partes de la operación, en especial aquellos derivados de su carácter financiero, ya que facilita la actuación del usuario contra el proveedor, al legitimarlo sobre la base de una relación jurídica propia con el sujeto pasivo, lo que elimina los problemas de las técnicas de legitimación utilizadas en la concepción bipartita, especialmente los derivados de la cláusula de subrogación, que es el método utilizado en España y que ha sido validado ampliamente por la doctrina y la jurisprudencia.

Como se verá, el principal problema que debe enfrentar el usuario al intentar ejercitar remedios contra el proveedor es el de legitimación, que se deriva del hecho de que según la concepción bipartita tiene la calidad de tercero respecto del sujeto pasivo. Este problema es el que se abordará con preeminencia en cada sección, sin perjuicio del

tratamiento de algunos aspectos específicos de cada una de las acciones que pueden resultar dudosos en la situación particular en que se encuentra el usuario.

SECCIÓN I

ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO

31.- PRETENSIONES INTEGRANTES DE LA ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO.

El contenido de la acción de cumplimiento está integrado por varias pretensiones, todas las cuales tienen como elemento común el hecho de que el acreedor busca la satisfacción de su derecho manteniendo la existencia del contrato.¹²¹⁴ En el caso del comprador (cuya posición ocupa el usuario de acuerdo a la tesis propuesta) tales pretensiones están constituidas por el cumplimiento específico o *in natura*, (que a su vez comprende las pretensiones de entrega y de sustitución del bien¹²¹⁵), la reparación de los defectos de la cosa y (discutiblemente) el cumplimiento por equivalente.

Como se expuso en el Capítulo anterior, la propuesta de calificación que aquí se ha hecho para la relación jurídica entre usuario y proveedor conduce a la aplicación de las normas de la compraventa mercantil en aquellos ordenamientos que no regulan el leasing financiero.¹²¹⁶ Sin embargo, un análisis general de dichas normas en España lleva a observar que las ya referidas pretensiones no son distinguidas por los Códigos, que legitiman al comprador para pedir lisa y llanamente el “cumplimiento”,¹²¹⁷ camino que ha

¹²¹⁴ ORTI VALLEJO, Antonio, *La protección del comprador*. TAT, Granada, 1987, p. 351.

¹²¹⁵ A fin de proporcionar mayor claridad en la exposición, ambas pretensiones serán tratadas por separado.

¹²¹⁶ Ver *supra* N° 27.4.3 y 29.

¹²¹⁷ Así se dispone en los casos de falta de entrega (art. 329 CdeC), defecto en la cantidad o calidad de mercadería recibida embalada (art. 336 inc. 2 CdeC) y entrega del saldo, cuando haya habido entrega parcial (art. 330 CdeC). Lo mismo ocurre con las normas generales sobre incumplimiento de obligaciones (arts. 1.124 CC).

Por el contrario, otros textos jurídicos modernos sí efectúan la distinción. Así, por ejemplo, el art. 46 CNUCCIM contempla las pretensiones de cumplimiento específico, sustitución y reparación; el art. 9:102 PDCE contempla expresamente el cumplimiento específico y la reparación; y los arts. 7.2.2 y 7.2.3 PUCCI contemplan el cumplimiento específico, la reparación y la sustitución. Ninguno de estos cuerpos normativos menciona el cumplimiento por equivalente, sino que conceden como remedio separado la indemnización de daños y perjuicios, por lo que debe

seguido alguna doctrina y jurisprudencia en el leasing financiero, al reconocer al usuario de modo general la acción de cumplimiento contra el proveedor,¹²¹⁸ sin perjuicio de que en ocasiones se distingan las pretensiones específicas que la componen, como se verá en cada caso.

Como observación previa al análisis de cada una de estas pretensiones, vale la pena advertir que la acción de cumplimiento es aquella en que menos problemas genera la distinción entre concepción unitaria y concepción bipartita, al menos en lo que respecta a la legitimación del usuario para exigir el cumplimiento al proveedor, que es reconocida en ambas. Sin embargo, como las técnicas para llegar a este resultado son diversas (reconocimiento de la acción en calidad de contratante en la concepción unitaria, y cláusulas de exoneración/subrogación en la concepción bipartita) se presentan algunos problemas que serán objeto de estudio en esta sección.

Hecha esta referencia general, se analizarán por separado las pretensiones integrantes de la acción de cumplimiento.

32.- LA PRETENSIÓN DE ENTREGA DEL BIEN. LEGITIMACIÓN ACTIVA Y PASIVA.

En cuanto al sujeto activo de la acción de entrega, en la concepción bipartita se plantean problemas derivados de la existencia de dos obligaciones de entrega (una del proveedor a la empresa de leasing emanada de la compraventa, y otra de la empresa de

entenderse que no consideran tal remedio como una pretensión propia de la acción de cumplimiento, tendencia que se seguirá en este trabajo, según se expone *infra* N° 35.

Cabe destacar, eso sí, que la tendencia a distinguir las pretensiones del cumplimiento ha sido acogida por el ordenamiento español en el art. 124 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias, publicado en el B.O.E. de 30 de noviembre de 2007 (en adelante TRLGDCU), que reconoce al consumidor y usuario las acciones de sustitución y reparación para dirigirse contra el productor del bien cuando suponga para el primero una carga excesiva dirigirse contra el vendedor por la falta de conformidad. Asimismo, el art. 511-17 ACM otorga al comprador la facultad de exigir al vendedor la sustitución y la reparación del bien. La norma no menciona expresamente la pretensión de entrega, pero debería considerársele incluida. Asimismo, cabe observar que no se contempla la acción de cumplimiento por equivalente, sino que se contempla como remedio separado la acción indemnizatoria en el art. 511-16.2.

¹²¹⁸ Ver LÓPEZ FRÍAS, ob. cit. (*Los contratos conexos...*), p. 120 en base a las cláusulas de exoneración/subrogación, y p. 313, en base a la acción directa sin necesidad de subrogación; MARÍN LÓPEZ, ob. cit. (*Comentario a la STS de 26 de febrero de 1996*), p. 757; SAP de Santa Cruz de Tenerife de 26 de septiembre de 1992; STSJ de Navarra de 22 de mayo de 1992 (RJ 1992/6198).

leasing al usuario emanada del contrato de leasing propiamente dicho).¹²¹⁹ De esta manera, si el proveedor no entrega el bien se puede plantear la legítima duda de si se está incumpliendo la obligación de entrega de la compraventa, la del contrato de leasing, o de ambas,¹²²⁰ lo que podría desembocar en dos legitimaciones activas consecutivas: una de la empresa de leasing contra el proveedor¹²²¹ y otra del usuario contra la empresa de leasing, con el riesgo consiguiente de dos juicios de cumplimiento. Y si se intenta configurar una sola legitimación activa (del usuario contra el proveedor para que reclame la entrega de la compraventa en calidad de subrogado de la empresa de leasing,¹²²² y supongo que por esa vía dar por cumplida la entrega del contrato de leasing¹²²³), nos encontramos con la dificultad de la licitud de la cláusula de exoneración por falta de entrega.¹²²⁴ De esta forma, si se estima que la cláusula no es válida, se vuelve a las dos legitimaciones activas consecutivas, mientras que si se estima que la cláusula es válida, volvemos al problema de determinar cuál de las dos obligaciones de entrega reclamará el usuario.

¹²¹⁹ Ver *supra* N° 28.1.3.

¹²²⁰ En este sentido, ver SCCI de 2 de noviembre de 1998 (10926), que consideró el incumplimiento de la obligación de entrega por parte del proveedor como una causa sobrevenida de imposibilidad de cumplimiento para la empresa de leasing, no imputable a su voluntad, calificación de la que extrajo como consecuencia que la cláusula de inversión del riesgo (exoneración) por falta de entrega no realiza los intereses de las partes y carece de validez, pudiendo el usuario excepcionarse ante la demanda de resolución por falta de pago de las cuotas en el art. 1.463 CC italiano, que consagra la imposibilidad sobrevenida de la prestación, argumento que fue seguido por la SCCI de 1 de octubre de 2004 (19657) y la SCCI de 19 de febrero de 2008 (4235), entre otras.

¹²²¹ Ver PARRA LUCÁN, ob. cit. (*El leasing...*), p. XLI, quien estima que, por ser nula la cláusula de exoneración por falta de entrega, debería ser la empresa de leasing quien exija la entrega al proveedor, ya que de otro modo ella sería quien incurriría, a su vez, en un incumplimiento del contrato de leasing. Sin embargo, en la página siguiente manifiesta dudas respecto de los resultados a que conduce esta solución.

¹²²² Debe recordarse que por efecto de la cláusula de subrogación la empresa de leasing queda desprovista de legitimación contra en contra del proveedor, efecto que es aun más claro si se sigue la tesis amplia de la subrogación, como parece hacerlo la doctrina y la jurisprudencia dominantes. Ver al efecto *supra* N° 22.2.8.

¹²²³ En el marco de la tesis bipartita no se hace referencia a este cumplimiento consecuencial, ya que sólo se habla de legitimación para reclamar “la entrega”, sin decir a cuál de las dos entregas se está haciendo referencia. Sin embargo, pareciera que cuando se intenta legitimar al usuario contra el proveedor se le habilita para reclamar la entrega del contrato de compraventa (por algo actúa como subrogado de la empresa de leasing), entendiéndose que por esta vía se daría cumplimiento también a la obligación de entrega en el contrato de leasing, de forma automática.

¹²²⁴ La discusión sobre la licitud de la cláusula de exoneración por falta de entrega fue tratado *supra* N° 22.1.3.

En la concepción unitaria el asunto resulta más claro, ya que al haber un solo contrato no se concibe la existencia de dos obligaciones de entrega, sino de una sola, cuyo deudor es el proveedor y cuyo destinatario es el usuario, quien queda legitimado a reclamarla en calidad de acreedor.¹²²⁵ Si bien podría plantearse la legitimación de la empresa de leasing contra el proveedor para el mismo fin, la legitimación será muy generalmente ejercida por el usuario, quien ha asumido el riesgo de incumplimiento del proveedor.¹²²⁶ Y en el poco frecuente caso de que ambos legitimados activos reclamasen la entrega, no existe el peligro de juicios paralelos (riesgo que sí existe en la concepción bipartita, como acaba de verse), ya que al pedirse el cumplimiento de una misma prestación contra un mismo demandado, los juicios deberían acumularse¹²²⁷ solucionándose la controversia en un solo pleito.

Respecto de la legitimación pasiva en la acción de entrega, nuevamente la concepción bipartita presenta más problemas que la concepción unitaria.¹²²⁸

Como se ha anticipado, en la concepción bipartita el usuario sólo está ligado contractualmente con la empresa de leasing mediante el contrato de leasing propiamente dicho, de donde surge para esta última la obligación de ceder el goce al primero, lo que supone entregarle el bien.¹²²⁹ Si se quiere ser coherente con este planteamiento, debería concluirse que en caso de falta de entrega el usuario debería dirigir su acción contra la empresa de leasing, con independencia de que “materialmente” la entrega sea hecha por el proveedor.¹²³⁰ Esta solución es la que parece seguir un sector de la doctrina española,¹²³¹ y

¹²²⁵ Ver *supra* N° 28.1.3.

¹²²⁶ Ver *supra* N° 28.2.5 y 28.2.6.

¹²²⁷ Ver Título III del Libro I de la LEC.

¹²²⁸ Las reflexiones que se plantearán en este punto son extensibles a las demás pretensiones que conforman la acción de cumplimiento.

¹²²⁹ Ver *supra* N° 28.1.3 y 28.3.1.

¹²³⁰ Se debe recordar que, como se expuso *supra* N° 28.1.3, un sector de la doctrina estima que el proveedor actúa como auxiliar de la empresa de leasing en el cumplimiento de la obligación de entrega que a ésta corresponde en virtud del contrato de leasing.

¹²³¹ Específicamente quienes estima que no es lícita la cláusula de exoneración por falta de entrega (ver *supra* N° 22.1.3), lo que trae como consecuencia la invalidez de la cláusula de subrogación (ya que en caso contrario se produciría una situación de exoneración sin subrogación que dejaría al

el art. 12.1 CUAFI, que tuve ocasión de comentar y criticar anteriormente,¹²³² tanto por su difícil armonización con la acción directa del art. 10.1¹²³³ como por los perniciosos efectos prácticos que produce, ya que la empresa de leasing no estará en condiciones de entregar el bien, sea porque no está en su poder (sino en el del proveedor), sea porque en caso de querer efectuar una compra sustitutiva se pondría en una situación de incumplimiento frente al usuario, al no adquirir el bien del proveedor designado por éste.¹²³⁴

Para evitar estos efectos negativos y conservar la actuación eminentemente financiera de la empresa de leasing, ésta busca exonerarse de las obligaciones que como cedente del goce le corresponderían frente al usuario en base a la concepción bipartita. Con esa finalidad pacta que la entrega sea hecha por el proveedor directamente a favor del usuario y correlativamente sea éste quien accione contra el proveedor en caso de falta de entrega. Ello se consigue a través de las cláusulas de exoneración/subrogación en los ordenamientos que no regulan el leasing financiero, y a través de las normas de exoneración y acción directa en los ordenamientos que sí regulan la figura.

En España se puede llegar a admitir la legitimación del usuario contra el proveedor para reclamar el cumplimiento específico en base a las cláusulas de

usuario en una situación de desamparo jurídico). En estas circunstancias al usuario no le queda otra alternativa que reclamar la entrega a la empresa de leasing.

¹²³² Ver *supra* N° 24.3.3. La norma no reconoce expresamente la acción de entrega del usuario contra la empresa de leasing, pero puede decirse que la supone. En efecto, el art. 12.1 legitima al usuario contra dicha empresa en caso de falta de entrega, y otorga a esta última el derecho de subsanar “la falta de cumplimiento de su obligación de entregar el equipo”, agregando el art. 12.2 que los remedios del usuario contra la empresa de leasing “se ejercerán y se perderán en las mismas condiciones que si el arrendatario hubiera comprado el equipo al arrendador conforme a los términos del contrato de suministro”, condiciones que al no estar determinadas en la Convención deberán regirse por las normas de compraventa a que conduzca el Derecho Internacional Privado. Pues bien, dichas normas suelen regular la resolución del contrato (remedio que contempla expresamente el art. 12.1(a)) como remedio alternativo al cumplimiento específico. Así por lo menos sucedería si las normas de Derecho Internacional Privado determinasen la aplicación del Derecho español, caso en que cabría aplicar los arts. 329 CdeC y 1.124 CC, en cuya virtud el usuario podría demandar el cumplimiento o la resolución del contrato de leasing, en ambos casos con indemnización de daños y perjuicios.

¹²³³ Por una parte, los antecedentes expuestos en la nota anterior dan a entender que la acción por falta de entrega debe dirigirse contra la empresa de leasing. Sin embargo, los arts. 10.1 y 12.6 dan a entender que dicha acción debe dirigirla el usuario contra el proveedor, criterio que cuenta con importante apoyo doctrinario, aunque no deja de ser discutido. Ante esta disyuntiva, que es aplicable a todos los remedios del usuario por incumplimiento del proveedor, parece haberse establecido un derecho alternativo a favor del usuario, según se expuso *supra* N° 24.3.3.

¹²³⁴ Ver *supra* N° 24.3.3 y 22.1.4.

exoneración/subrogación¹²³⁵ sólo si se adhiere a la combinación de licitud de la cláusula de exoneración por falta de entrega¹²³⁶ y tesis amplia de la subrogación convencional.¹²³⁷ A la misma solución se podría llegar en base a la acción directa derivada de la conexión contractual¹²³⁸ y de la acción directa de carácter legal.¹²³⁹ Sin embargo, tal conclusión, que a primera vista parece clara, termina por ser discutible.

¹²³⁵ Así lo entienden CHAMORRO POSADA, ob. cit., p. 195-196; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, ob. cit., p. 319; GARCÍA GARNICA, ob. cit. (*El régimen jurídico...*), p. 203; GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*Leasing financiero mobiliario...*), p. 94, 187-189 y 212; GONZÁLEZ VÁSQUEZ, ob. cit., p. 1.309; LÓPEZ FRÍAS, ob. cit. (*Los contratos conexos...*), p. 120; SÁNCHEZ CALERO y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, ob. cit., p. 295; SAP de Santa Cruz de Tenerife de 26 de septiembre de 1992. En esta posición cabría citar también a los adherentes a la tesis del contrato de financiación atípico (analizada *supra* N° 10.3.6), que estiman lícita la cláusula de exoneración (y, por tanto la de subrogación) en caso de falta de entrega, según se expuso *supra* N° 22.1.3. En la acera contraria se encuentran los partidarios de la tesis del arrendamiento, quienes estiman ilícita la cláusula de exoneración en este caso.

Por otra parte, cabe destacar que esta forma de operar es la que suele pactarse en los modelos de contratos de leasing financiero. Ver al efecto la cláusula 1.2 del modelo de contrato de leasing financiero del Banco Santander, donde se pacta que “*el Usuario declara indemne al Arrendador Financiero en relación a la entrega de los Bienes, ya que se efectúa directamente por el/los proveedor/es al usuario, según lo acordado previamente por estos. El Arrendador Financiero cede a favor del usuario –quien acepta– las acciones que a estos efectos, como propietario, le pudieran corresponder frente a el/los proveedor/es o frente a terceros, incluyendo –pero sin limitación– las relacionadas con la falta de entrega o condiciones de entrega de los Bienes...*”; la condición general segunda del modelo de contrato de leasing financiero de AELR, donde se lee que “*el arrendador financiero no asume ninguna responsabilidad respecto de la entrega material de los bienes al arrendatario financiero por el proveedor (...) pero subroga al arrendatario financiero en todos sus derechos como comprador frente al proveedor o fabricante, en orden (...) a la exigencia de cumplimiento de las garantías de toda índole ofertadas por el proveedor o fabricante*”; y la cláusula transcrita en GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*Leasing financiero mobiliario...*), p. 212-213.

¹²³⁶ Como se expuso *supra* N° 22.1.3, la licitud de la cláusula de exoneración por falta de entrega ha sido objeto de discusión. Si se llega a la conclusión de que la cláusula es lícita, debemos proseguir el análisis estudiando la cláusula de subrogación en el sentido que se hará en la nota siguiente. Si, por el contrario, se llega a la conclusión de que la cláusula de exoneración por falta de entrega no es lícita, el usuario debería dirigir la acción de cumplimiento específico contra la empresa de leasing, según se expone *infra* N° 38.

¹²³⁷ Se debe recordar que la doctrina y la jurisprudencia españolas en materia de leasing financiero parecen seguir dicha tesis amplia de la subrogación, sin dar argumentos para rechazar las tesis intermedia y restringida, que ni siquiera se mencionan en el análisis (ver *supra* N° 22.2.5). Pues bien, si se adopta la tesis amplia, el usuario (en calidad de subrogado) quedaría legitimado para pedir el cumplimiento específico. Si, en cambio, se adopta la tesis restringida no podría hacerlo, según se expuso *supra* N° 22.2.7.

¹²³⁸ Ver *supra* N° 23, donde se expuso que los partidarios de la acción directa estiman que el usuario puede ejercitar contra el proveedor las mismas acciones que podría ejercitar la empresa de leasing.

¹²³⁹ En el caso del UCC, la acción directa de la sección 2A-209(1) permite al usuario ejercitar los remedios que corresponden a la empresa de leasing en virtud del contrato de compraventa, lo que remite al art. 2, donde el cumplimiento específico está contemplado en las secciones 2-711(2) 2-716.

En efecto, la legitimación legal sólo es aplicable en los países que regulan el leasing financiero, por lo que no rige en ordenamientos como el español que en la actualidad carece de dicha reglamentación, donde el vacío legal se suple con las cláusulas de exoneración y subrogación, cuya fundamentación dogmática es frágil,¹²⁴⁰ lo que puede privar de legitimación al usuario si el proveedor hace valer (y el Tribunal acoge) los argumentos que dan cuenta de las debilidades de esta técnica para dejar sin aplicación el art. 1.257 CC, que consagra el efecto relativo del contrato. Sin perjuicio de lo anterior, debe recordarse que la empresa de leasing es quien redacta las cláusulas de exoneración y subrogación, por lo que la amplitud o restricción de la legitimación dependerá en definitiva del arbitrio de ésta, quien podría limitar la protección del usuario en concierto con el proveedor.¹²⁴¹ Asimismo cabe recordar que la cláusula de exoneración por falta de entrega es discutida, habiendo doctrina y jurisprudencia en ambos sentidos,¹²⁴² lo que puede hacer tambalear la cláusula de subrogación.¹²⁴³ También resulta discutida la legitimación del usuario para demandar al proveedor el cumplimiento específico en calidad de subrogado, ya que esta posibilidad se permite sólo en caso de acogerse la tesis amplia de los efectos de la subrogación, pero no en caso de estimarse aplicable la tesis

Cabe destacar, eso sí, que en el ejercicio de dichos remedios el usuario estará afecto a las limitaciones mencionadas *supra* N° 24.2.4. En el caso de la CUAFI, el usuario queda legitimado por el art. 10.1 para ejercitar la acción de entrega, sin perjuicio de que dicha norma resulta difícilmente armonizable con los remedios establecidos a favor del usuario contra la empresa de leasing en el art. 12.1, según se expuso *supra* N° 24.3.3 y anteriormente en este mismo número. Por su parte, la LMUL legitima expresamente al usuario para demandar al proveedor la entrega del bien en los arts. 7.1 y 14.1, analizados *supra* N° 24.4.1. Asimismo, el art. 576-3 párrafos 1 y 3 legitiman expresamente al usuario para requerir al proveedor la entrega del bien, al decir que el usuario puede exigir “*las obligaciones del proveedor del activo objeto del arrendamiento y las consecuencias que se deriven de su incumplimiento, anteriores o posteriores a su entrega*”. En este grupo puede citarse también a los adherentes de la tesis italiana del mandato sin representación, quienes estiman que el usuario está legalmente legitimado para ejercitar la acción de cumplimiento específico, según se expuso *supra* N° 10.3.2.

¹²⁴⁰ Ver *supra* N° 22.1.3, 22.1.4 y 22.2.3 a 22.2.7.

¹²⁴¹ Ver *supra* N° 22.2.9.

¹²⁴² Ver *supra* N° 22.1.3.

¹²⁴³ Recuérdese que las cláusulas de exoneración y subrogación constituyen un solo todo, de manera que si se estima que la cláusula de exoneración por falta de entrega es inválida, no podría la empresa de leasing subrogar al usuario en su posición contra el proveedor, debiendo responder ella por la falta de entrega, con los perjuicios que ello implica para el interés de las partes, como se ha tenido ocasión de mencionar en este mismo punto.

restringida,¹²⁴⁴ que si bien no es siquiera mencionada por la doctrina y la jurisprudencia relativa al leasing financiero, no puede ser ignorada, ya que sus fundamentos jurídicos no son de poca envergadura.¹²⁴⁵

Por otra parte, la legitimación del usuario contra el proveedor en base a la acción directa emanada de la conexión contractual nace con problemas en su origen, ya que resulta en extremo discutible que la acción directa constituya un efecto general de la conexión contractual,¹²⁴⁶ y sobre todo, que se puedan admitir acciones directas no contempladas en la ley,¹²⁴⁷ como sucedería en el caso que es objeto de este análisis.

Como observación general a la solución del problema en la concepción bipartita puede decirse que sus partidarios, a fin de legitimar al usuario contra el proveedor, terminan tratando a estos dos últimos como comprador y vendedor respectivamente, sólo que en vez de reconocer estas calidades abiertamente, persiguen dicha finalidad por medio de las técnicas antes mencionadas, que dejan la legitimación del usuario en entredicho.

Ante este panorama un tanto sombrío vale la pena preguntarse si no es mejor sincerar la situación de las partes y considerar que la finalidad de legitimar al usuario “como si fuera comprador” para exigir la entrega del bien al proveedor se cumple mejor reconociendo derechamente que en la operación de leasing hay una sola obligación de entrega que tiene como deudor al proveedor (no a la empresa de leasing) y como acreedor al usuario.¹²⁴⁸ De esta forma, en virtud de la relación contractual existente entre proveedor

¹²⁴⁴ Ver *supra* N° 22.2.7.

¹²⁴⁵ Respecto de la tesis restringida de los efectos de la subrogación, ver *supra* N° 22.2.5.

¹²⁴⁶ Ver *supra* N° 15.3.

¹²⁴⁷ Ver *supra* N° 15.3

¹²⁴⁸ Como se expuso *supra* N° 28.1.3 y 28.3, en el marco de la tesis que definiendo la entrega es hecha por el proveedor al usuario en las condiciones acordadas en el pacto previo, que son aceptadas por la empresa de leasing cuando accede a financiar la operación, pactando con el proveedor que las obligaciones de éste (salvo la de transferir el dominio) sean cumplidas a favor del usuario. De esta manera, la obligación de entrega del bien al usuario por parte del proveedor constará en la factura emitida con motivo de la compraventa (y en la factura proforma emitida con motivo del pacto previo entre usuario y proveedor), en la orden de compra que la empresa de leasing emite al proveedor, en el contrato de compraventa (si es que se suscribió uno en el leasing mobiliario, y siempre en el leasing inmobiliario), e incluso en el contrato de leasing. En este último sentido ver la cláusula 1.2 del modelo de contrato de leasing financiero del banco Santander, donde consta que “*el usuario declara indemne al Arrendador Financiero en relación a la entrega de los Bienes, ya que se efectúa directamente por el/los Proveedor/es al Usuario, según lo acordado previamente por éstos*” (el subrayado es mío).

y usuario¹²⁴⁹ éste encuentra en su propio patrimonio la acción de cumplimiento y queda legitimado para exigir a aquel la entrega en base a lo pactado y a las normas que regulan la compraventa mercantil,¹²⁵⁰ siendo aplicables, en consecuencia, los arts. 329¹²⁵¹ y 330¹²⁵² CdeC.¹²⁵³

Esta forma de legitimar al usuario para exigir el cumplimiento específico elimina los ya referidos problemas derivados de la existencia de dos obligaciones de entrega, así como los que emanan de los problemáticos métodos de la concepción bipartita. Ello pues la empresa de leasing, al no ser la deudora de la obligación de entrega, no tiene nada de qué exonerarse, haciéndose asimismo innecesaria la subrogación y la acción directa, ya que el usuario demanda el cumplimiento específico en calidad de acreedor de la obligación de entrega.¹²⁵⁴

33.- LA PRETENSIÓN DE SUSTITUCIÓN DEL BIEN.

La segunda pretensión que comprende el cumplimiento específico es la sustitución de la cosa, que si bien no está contemplada expresamente en las normas codificadas de la

¹²⁴⁹ Ver *supra* N° 27.4.2, 27.4.3, 27.5.2 y 29.

¹²⁵⁰ Respecto de la legitimación de la empresa de leasing para exigir la entrega del bien, ver lo expuesto en este mismo número en relación con la legitimación activa.

¹²⁵¹ Esta norma legitima al comprador (cuya posición asume el usuario) a exigir el cumplimiento. En igual sentido ver art. 46.1 CNUCCIM, art. 9:102(1) PDCE y arts. 7.2.2 PUCCI.

¹²⁵² Esta norma consagra la facultad de exigir la entrega del saldo en caso de entrega parcial. Ver al efecto PÉREZ LÓPEZ DE BRÍÑAS, ob. cit., p. 1.346, quien estima que la acción de cumplimiento para la entrega de la totalidad de las mercaderías procede cuando el comprador rechaza la entrega parcial propuesta por el vendedor, ya que en este caso el vendedor queda en una situación de incumplimiento total de la obligación de entrega. Ver también STS de 21 de septiembre de 1990 (RJ 1990/6899) y art. 51.1 CNUCCIM.

¹²⁵³ Vale la pena observar que la doctrina tradicional bipartita, a pesar de reconocer mayoritariamente la calidad mercantil del contrato de compraventa y del contrato de leasing propiamente dicho, fundamenta la acción del usuario contra el proveedor por falta de entrega en el Derecho Común, específicamente en el art. 1.124 CC (en conjunción con la cláusula de subrogación). Ver al efecto CHAMORRO POSADA, ob. cit., p. 195-196; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, ob. cit., p. 319; REAL PÉREZ, ob. cit. (*El leasing...*), p. 248. Otros, por su parte, mencionan esta facultad en general, sin citar alguna norma específica. Ver al efecto MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, ob. cit., p. 226, para el caso de entrega de un *aliud pro alio*; STSJ de Navarra de 22 de mayo de 1992 (RJ 1992/6198).

¹²⁵⁴ Ver *supra* N° 27.4.2 y 27.4.4.

compraventa,¹²⁵⁵ sí ha sido reconocida como parte integrante del cumplimiento,¹²⁵⁶ tendencia que han seguido otros cuerpos normativos de Derecho español,¹²⁵⁷ y que está consagrada en varios instrumentos de Derecho uniforme.¹²⁵⁸

En cuanto a la legitimación para plantear esta pretensión, en el marco de la concepción bipartita se ha reconocido esta facultad al usuario contra el proveedor al amparo de las cláusulas de exoneración/subrogación,¹²⁵⁹ así como sobre la base de la acción directa legal de la sección 2A-209 UCC,¹²⁶⁰ de los arts. 10.1 y 12 CUAFI,¹²⁶¹ del art.

¹²⁵⁵ Como ya se advirtió, las normas del CdeC relativas a la compraventa mercantil otorgan al comprador la acción de “cumplimiento”, sin distinguir las pretensiones específicas que ésta puede comprender. Ver al efecto los arts. 329, 330 y 336 CdeC. Ver también el art. 1.124 CC.

¹²⁵⁶ Ver por todos DIEZ-PICAZO, ob. cit. (Tomo II), p. 775. Ver también ORTI VALLEJO, ob. cit. (*La protección...*), p. 355, quien explica que la ausencia de regulación de la acción de sustitución en los Códigos latinos obedece a la falta de regulación de la compraventa de objeto genérico, ya que esta pretensión es propia de tal clase de compraventas.

¹²⁵⁷ Ver el art. 124 TRLGDCU, que reconoce esta acción al consumidor y usuario para dirigirse contra el productor del bien cuando suponga para el primero una carga excesiva dirigirse contra el vendedor por la falta de conformidad. También en el ámbito doméstico español cabe destacar que la sustitución está contemplada en el art. 511-17 ACM.

¹²⁵⁸ Ver art. 46.2 CNUCCIM y art. 7.2.3 PUCCL. Por su parte, el art. 9:102(1) PDCE no contempla expresamente la sustitución, pero sí el cumplimiento específico, donde se puede entender comprendida la sustitución, al ser una pretensión integrante del cumplimiento *in natura*.

¹²⁵⁹ BUITRAGO RUBIRA, ob. cit. (*El leasing mobiliario...*), p. 227; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, ob. cit., p. 319; GARCÍA GARNICA, ob. cit. (*El régimen jurídico...*), p. 203; GUTIÉRREZ GILSANZ, ob. cit., p. 235; MARÍN LÓPEZ, ob. cit. (*Comentario a la STS de 24 de mayo de 1999*), p. 1.150; MARÍN LÓPEZ, ob. cit. (*Comentario a la STS de 26 de febrero de 1996*), p. 770; MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, ob. cit., p. 226.

¹²⁶⁰ Si el usuario rechaza el bien, la sección 2A-513 otorga al proveedor la facultad de reemplazarlo. Al mismo resultado se puede llegar aplicando la acción directa de la sección 2A-209, que legitima al usuario para ejercitar contra el proveedor los remedios del contrato de compraventa que éste celebró con la empresa de leasing, lo que remite a la sección 2-508, que tiene el mismo contenido que la ya mencionada sección 2A-513.

Una vez que el usuario acepta el bien, por regla general no puede revocar la aceptación, a menos que cumpla los requisitos de la sección 2A-517. Si logra revocar válidamente la aceptación, el usuario tendrá acceso a los remedios de la sección 2A-508(1), pero además tendrá acción para demandar al proveedor en base a la sección 2A-209. En este sentido, ALI y NCCUSL, ob. cit. (*Official Comment*), sección 2A-508, N° 10, donde se expresa que dicha norma no ofrece un tratamiento especial al leasing financiero, pero que una vez aceptado el bien el usuario carecerá por regla general de remedios contra la empresa de leasing, ya que ésta asume obligaciones mínimas frente al usuario, quien tendrá que dirigirse al proveedor en base a la sección 2A-209; GROSS, ob. cit. p. 145.

Sin perjuicio de todo lo anterior, debe tenerse presente que si la facultad de pedir la sustitución del bien fue restringida o eliminada para la empresa de leasing en el contrato de compraventa, esta restricción o eliminación se extiende al usuario en base a la sección 2A-209(1). Ver *supra* N° 24.2.4.

7.1 LMUL¹²⁶² y del art. 576-2 ACM.¹²⁶³ Puede apreciarse nuevamente que tanto en los ordenamientos que no regulan el leasing financiero como en aquellos que sí lo hacen, se intenta vincular directamente al usuario con el proveedor como si fueran respectivamente comprador y vendedor. El problema es que se hace con técnicas que pueden resultar poco satisfactorias, como se expuso en el punto anterior.

Por su parte, en la concepción unitaria el usuario resulta legitimado para plantear esta pretensión al proveedor sobre la base de la relación jurídica que lo une con éste, solución que resta vigor a los problemas que provocan las técnicas utilizadas por la concepción bipartita. Vale a este respecto todo lo dicho en el punto anterior.

Sin perjuicio de que, conforme a lo expuesto, el usuario quede jurídicamente legitimado para demandar al proveedor la sustitución del bien, en la práctica los juicios de este tipo son escasos. La razón principal radica en que resulta mucho más expedito para el usuario conseguir la sustitución haciendo uso de la garantía comercial y/o servicio de

¹²⁶¹ La Convención no consagra específicamente la pretensión de sustitución del bien (sí se contemplaba en el art. 10.2 del Proyecto. Ver UNIDROIT, ob. cit. (*Draft convention...*), p. 5). Sin embargo, esta pretensión se ha entendido comprendida en el art. 12.1(a), como una consecuencia de la facultad del arrendador de rechazar el bien no conforme. Ver al efecto ILLESCAS ORTIZ y PERALES VISCASILLAS, ob. cit., p. 323, para quienes la facultad del arrendador de rechazar el bien no conforme conlleva la de exigir la entrega subsiguiente de un equipo conforme. Sin perjuicio de lo anterior, creo que estando la sustitución incluida dentro de las pretensiones que conforman la acción de cumplimiento, debería entenderse incluida en la acción directa del art. 10.1. Ello nos lleva nuevamente al problema de determinar el sujeto pasivo de la acción, ya que el art. 12.1(a) legitima al usuario contra la empresa de leasing, mientras que el art. 10.1 legitima al usuario contra el proveedor. Frente a esta disyuntiva, reitero la opinión de que existe un derecho alternativo del usuario para dirigirse contra cualquiera de ellos, según se expresó *supra* N° 24.3.3.

¹²⁶² La ley modelo tampoco menciona expresamente la sustitución del bien. Sin embargo, creo que ella queda comprendida en el contenido de la acción directa del usuario frente al proveedor contemplada en los arts. 7.1 y 14.1, en especial cuando este último legitima al usuario para “*exigir al proveedor un activo que sea conforme*”, lo que comprende la entrega de un activo conforme en reemplazo del activo defectuoso que había sido entregado. Asimismo, cabe observar que el art. 14.1 permite al usuario “*ejercer las demás acciones a que tenga derecho conforme a la ley*”, referencia que debe entenderse hecha a las normas del ordenamiento que incorpore la ley modelo (UNIDROIT, ob. cit. (*Official commentary*), N° 67), por lo que el usuario podrá acceder a la sustitución del bien en la medida que dicho ordenamiento que contemple esta pretensión.

¹²⁶³ La acción directa del art. 576-2 permite al usuario ejercitar contra el proveedor los remedios establecidos para el comprador en caso de incumplimiento del vendedor, lo que nos remite a las normas del Anteproyecto relativas a la compraventa mercantil, donde el art. 511-17.1 contempla la facultad de exigir la sustitución del bien por uno conforme al contrato.

posventa, de los que aquel resulta titular activo.¹²⁶⁴ Y cuando ello no es posible, o cuando la sustitución practicada no deje satisfecho al usuario, éste tampoco suele insistir judicialmente por la sustitución, sino que recurre derechamente otros remedios más radicales, como la resolución.¹²⁶⁵

34.- LA PRETENSIÓN DE REPARACIÓN DEL BIEN.

Como en los casos anteriores, esta pretensión está contemplada en la legislación de consumidores y en normas de Derecho Uniforme,¹²⁶⁶ pero no en las normas codificadas, lo que ha dado lugar a discusiones respecto de su admisibilidad en la compraventa.

Quienes niegan lugar a la reparación aducen que, conceptualmente, la obligación del vendedor consiste en un *dar*, por lo que no hay fundamento para transformar esta obligación en un *hacer* (reparar), que sería una prestación extraña al contenido típico de la obligación del vendedor.¹²⁶⁷ Por el contrario, hay quienes han entendido que la reparación de defectos queda comprendida en la acción de cumplimiento.¹²⁶⁸ A favor de la admisibilidad se ha esgrimido la existencia de un uso jurídico respecto de la

¹²⁶⁴ En los contratos de leasing se suele legitimar al usuario para el ejercicio de los derechos derivados de la garantía comercial a través de la cláusula de subrogación. Ver al efecto la cláusula segunda de las condiciones generales del modelo de contrato de leasing financiero de AELR, donde la empresa de leasing cede al usuario “*todos sus derechos como comprador frente al proveedor o fabricante (...) en orden a la exigencia de cumplimiento de las garantías de toda índole ofertadas por el proveedor o fabricante*”; cláusula 1.2 del modelo de contrato de leasing financiero del Banco Santander, donde se expresa que “*el Arrendador Financiero cede en favor del usuario –que acepta– las acciones que a estos efectos, como propietario, le pudieran corresponder frente a el/los proveedor/es o frente a terceros, incluyendo –pero sin limitación– (...) las derivadas de la garantía, asistencia técnica o servicio de posventa*”; STSJ de Navarra de 22 de mayo de 1992 (RJ 1992/6198) y STS de 26 de junio de 1989 (RJ 1989/4786), que transcriben cláusulas en estos mismos términos; FRADEJAS RUEDA, ob. cit., p. 248; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, ob. cit., p. 320; GUTIÉRREZ GILSANZ, ob. cit., p. 47; MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, ob. cit., p. 225; PARRA LUCÁN, ob. cit. (*El leasing...*), p. XLII.

¹²⁶⁵ PARRA LUCÁN, ob. cit. (*El leasing...*), p. XLII. Ello sucedió, por ejemplo, en las situaciones de hecho que dieron lugar a las STS de 26 de febrero de 1996 (RJ 1996/1264) y STS de 23 de abril de 1991 (RJ 1991/3021).

¹²⁶⁶ Ver art. 124 TRLGDCU, art. 46.3 CNUCCIM, art. 9:102(1) PDCE y art. 7.2.3 PUCCI.

¹²⁶⁷ ORTI VALLEJO, ob. cit. (*La protección...*), p. 371, quien, a pesar de estar por la procedencia de la acción, reconoce este argumento como irrefutable.

¹²⁶⁸ DIEZ-PICAZO, ob. cit., p. 775; GARCÍA GARNICA, ob. cit. (*El régimen jurídico...*), p. 203; LLAMAS POMBO, Eugenio, *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño del acreedor*. Trivium, Madrid, 1999, p. 232; NAVAS NAVARRO, Susana, *El incumplimiento no esencial de la obligación*. Reus, Madrid, 2004, p. 257-265.

obligatoriedad de esta pretensión a través de la garantía comercial, que cumpliría los requisitos del art. 1.3 CC; que la reparación no tiene los inconvenientes para el tráfico que ostenta la sustitución, lo que se demuestra por el hecho de que la opción por la reparación ha sido elegida por los propios fabricantes; que por esta vía el comprador encuentra una adecuada satisfacción a sus intereses ya que, al estar limitadas las acciones de sustitución y resolución, la única vía alternativa sería la rebaja de precio, solución no querida por los adquirentes modernos, que prefieren contar con un objeto que satisfaga sus necesidades; que esta solución ha sido consagrada por las normas protectoras de los consumidores como vía de protección al adquirente;¹²⁶⁹ y que en el caso de bienes construidos por el vendedor, de alguna forma debe tenerse en cuenta ese proceso de fabricación, lo que lleva a integrar el contrato de compraventa con los elementos del contrato de obra.¹²⁷⁰

En cuanto a la legitimación para demandar esta pretensión, en el ámbito de la concepción bipartita se ha reconocido esta facultad al usuario contra el proveedor en base a las cláusulas de exoneración/subrogación,¹²⁷¹ y de la acción directa de carácter legal de la sección 2A-209 UCC,¹²⁷² 10.1 CUAFI,¹²⁷³ art. 7.1 LMUL¹²⁷⁴ y art. 576-2 ACM.¹²⁷⁵

¹²⁶⁹ ORTI VALLEJO, ob. cit. (*La protección...*), p. 375-378.

¹²⁷⁰ NAVAS NAVARRO, ob. cit., p. 262.

¹²⁷¹ BUITRAGO RUBIRA, ob. cit. (*El leasing mobiliario...*), p. 227; GARCÍA GARNICA, ob. cit. (*El régimen jurídico...*), p. 203; GUTIÉRREZ GILSANZ, ob. cit., p. 235; LÓPEZ FRÍAS, ob. cit. (*Los contratos conexos...*), p. 128; MARÍN LÓPEZ, ob. cit. (*Comentario a la STS de 24 de mayo de 1999*), p. 1.150; MARÍN LÓPEZ, ob. cit. (*Comentario a la STS de 26 de febrero de 1996*), p. 770; PARRA LUCÁN, ob. cit. (*El leasing...*), p. XLII; RODRÍGUEZ ROSALES, ob. cit., p. 464.

¹²⁷² La acción directa de la sección 2A-209 convierte al usuario en acreedor directo de las garantías explícitas e implícitas ofrecidas por el proveedor en el contrato de compraventa (ver *supra* N° 24.2.4), dentro de las que suele estar comprendida la garantía de reparación del bien. Ver al efecto cláusula del contrato de compraventa transcrita en UNITED STATES ACHIEVEMENT ACAD., LLC v. PITNEY BOWES, INC., United States District Court for the Eastern District of Kentucky, 18 de octubre de 2006.

¹²⁷³ La Convención no consagra específicamente la pretensión de reparación del bien, pero el usuario puede acceder a ella como titular de la acción de cumplimiento contra el proveedor en virtud de la acción directa del art. 10.1. Sin embargo, vale la pena hacer presente que la reparación podría quedar comprendida en el art. 12.1(b), de forma que aplicando esta norma sería la empresa de leasing (y no el proveedor) la obligada a subsanar la falta de conformidad del bien. Respecto de esta duplicidad de sujetos pasivos reitero las críticas expuestas *supra* N° 24.3.3.

¹²⁷⁴ La ley modelo tampoco contempla expresamente la pretensión de reparación del bien, pero vale aquí todo lo dicho a propósito de la sustitución.

A la misma conclusión puede llegarse aplicando la tesis defendida en este trabajo, poniendo nuevamente de manifiesto que esta solución está en mejor sintonía con la realidad práctica de la operación, ya que legitima directamente al usuario contra el proveedor en calidad de acreedor de las obligaciones que éste debe cumplir como vendedor, sin tener que recurrir a las problemáticas técnicas de la concepción bipartita para intentar legitimar la actuación del usuario en la posición de comprador. Vale en este sentido lo expresado en los dos puntos anteriores.

Sin perjuicio de que según lo expuesto resulte justificada la legitimación del usuario para exigir al proveedor la reparación del bien, es necesario hacer presente que, al igual que en el caso de la sustitución, esta pretensión suele ser solucionada extrajudicialmente por medio de la garantía comercial de que el usuario resulta titular,¹²⁷⁶ razón por la que el problema suele judicializarse sólo cuando éste ha sido reiteradamente insatisfecho con las reparaciones efectuadas por el proveedor, por lo que opta derechamente por un remedio más radical, como el resolutorio.¹²⁷⁷

35.- LA PRETENSIÓN DE CUMPLIMIENTO POR EQUIVALENTE.

En virtud del cumplimiento por equivalente el deudor, en vez de ser condenado a la prestación debida, lo es a pagar el valor en dinero de la prestación que no cumplió.¹²⁷⁸

En el ordenamiento español se ha discutido si esta pretensión constituye una modalidad de cumplimiento o si se confunde con la indemnización de daños y perjuicios.

En virtud de la primera alternativa se entiende que en caso de que el cumplimiento *in natura* llegue a ser imposible o ya no satisfaga el interés del acreedor, la obligación

¹²⁷⁵ En base a la acción directa del art. 576-2 el usuario accede a los remedios del comprador en la regulación de la compraventa mercantil del Anteproyecto, cuyo art. 511-17.1 contempla como remedio la reparación del bien.

¹²⁷⁶ Ver *supra* Nota N° 1.264.

¹²⁷⁷ PARRA LUCÁN, ob. cit. (*El leasing...*), p. XLII. En la relación de hechos de varias sentencias suele encontrarse referencias a reparaciones extrajudiciales efectuadas antes de la demanda de resolución. Ver, por ejemplo, SAP de Girona de 12 de marzo de 2010 (JUR 2010/176713); SCCI de 19 de febrero de 2008 (4235); SCCI de 1 de octubre de 2004 (19657); STS de 24 de mayo de 1999 (RJ 1999/3927); STS de 26 de febrero de 1996 (RJ 1996/1264); STS de 23 de abril de 1991 (RJ 1991/3021); SAT de Valencia de 2 de diciembre de 1986 (RAJ 1986/7157).

¹²⁷⁸ DE ÁNGEL YÁGÜEZ, ob. cit., p. 730; LLAMAS POMBO, ob. cit. (*Cumplimiento...*), p. 236; LLAMAS POMBO, ob. cit. (*La compraventa*), p. 608; ORTI VALLEJO, ob. cit. (*La protección...*), p. 379.

subsiste bajo la forma de equivalente pecuniario. De esta manera, se concibe el cumplimiento por equivalente como una modalidad de cumplimiento que, como tal, sería independiente y compatible con la indemnización de daños y perjuicios, lo que se traduce que en su caso el juez puede dar lugar a ambos remedios, debiendo distinguir la suma de dinero que se otorga en calidad de cumplimiento de aquella que se otorga a modo de indemnización. Lo anterior supone, además, que el acreedor demandante pruebe en juicio la concurrencia de los elementos de cada una de las acciones, por lo que los elementos generales de la responsabilidad civil sólo deben ser acreditados para la indemnización del daño, mas no para el cumplimiento por equivalente, que requiere solamente la acreditación del incumplimiento.¹²⁷⁹

Para otros, en cambio, en el caso de que el cumplimiento in natura llegue a ser imposible o ya no satisfaga el interés del acreedor, la obligación se extingue y da lugar a la obligación de indemnizar daños y perjuicios. Esto trae como consecuencia que el juez debe lisa y llanamente indemnizar los daños y perjuicios, uno de cuyos ítems estará constituido por el valor de la prestación incumplida.¹²⁸⁰

Sin desconocer la entidad de los argumentos de la primera posición, me inclino por la segunda, que resulta más clara, sencilla, de mejor encaje práctico y compatible con el principio de compensación integral, de forma que los ítems que correspondan al valor de la prestación deberán ser indemnizados a título de daño emergente. Esta misma solución parece ser la adoptada por los instrumentos de Derecho Uniforme, que no contemplan específicamente el cumplimiento por equivalente, sino la indemnización de daños y perjuicios como remedio independiente del cumplimiento específico.¹²⁸¹

¹²⁷⁹ El principal expositor de esta alternativa es LLAMAS POMBO, ob. cit. (*Cumplimiento...*), p. 240-244, 250, 251, 271-272, 277-297; LLAMAS POMBO, ob. cit. (*La compraventa*), p. 609-612 y 616. También se inclina por la independencia del cumplimiento por equivalente ORTI VALLEJO, ob. cit. (*La protección...*), p. 379.

¹²⁸⁰ En este sentido se pronuncia DIEZ-PICAZO, ob. cit., p. 780-782. En el ámbito del leasing financiero parece adherir a esta tesis GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*Leasing financiero mobiliario...*), p. 206, quien expresa que el usuario puede pedir el cumplimiento y la indemnización de daños y perjuicios al proveedor, o, de no ser posible, pedir “la indemnización total de su interés”.

¹²⁸¹ Ver arts. 45, 46 y 74-77 CNUCCIM; arts. 9:102 y 9:103 PDCE; arts. 7.2.2, 7.2.3, 7.2.5 y 7.4.1 a 7.4.13 PUCCI. Lo mismo sucede en los arts. 10.1, 12 y 13 CUAFI y arts. 14.1 y 21 LMUL, a menos que este remedio esté contemplado como autónomo en el ordenamiento jurídico que incorpore la ley modelo, habida cuenta de la remisión que a dicho ordenamiento hace el art. 14. Ver UNIDROIT, ob. cit. (*Official commentary*), N° 67.

En consecuencia con la alternativa adoptada, los problemas que pueda ocasionar el cumplimiento por equivalente en relación con el leasing financiero serán tratados en la sección dedicada al remedio indemnizatorio.

36.- LEGITIMACIÓN PASIVA.

Según se desprende del análisis hecho en los puntos anteriores, el usuario resulta legitimado para ejercitar la acción de cumplimiento contra el proveedor. El problema que se genera a continuación es determinar si la empresa de leasing debe o no ser llamada a comparecer en ese juicio.

Como se expuso al tratar en general el litis consorcio pasivo necesario, para determinar si éste procede en la operación de leasing financiero hay que tomar en consideración dos factores: la concepción (bipartita o unitaria) de leasing que se adopte y el concepto (amplio o restringido) de litis consorcio al que se adhiera.¹²⁸²

En el marco de la concepción bipartita ciertamente no se presentará una situación de litis consorcio pasivo necesario si se adoptase la concepción restringida de esta última institución, ya que proveedor, usuario y empresa de leasing no forman parte de la misma relación jurídico-material. Si, por el contrario, se adopta la tesis amplia del litis consorcio (a la que parece adherir la doctrina y la jurisprudencia en materia de leasing) se ha entendido que tampoco habrá litis consorcio pasivo necesario en el caso analizado, por no afectar a la empresa de leasing el resultado del juicio.¹²⁸³

En el marco de la concepción unitaria, en cambio, es más plausible que se genere una situación de litis consorcio pasivo necesario, por entenderse que la empresa de leasing participa en la misma relación jurídico-material existente entre demandante y demandado (tesis restringida del litis consorcio), razón por la que podría resultar afectada por la

¹²⁸² Ver *supra* N° 15.4.

¹²⁸³ BUITRAGO RUBIRA, ob. cit. (*El leasing mobiliario...*), p. 227-228; GARCÍA GARNICA, ob. cit. (*El régimen jurídico...*), p. 202, Nota N° 44; RODRÍGUEZ ROSALES, ob. cit., p. 464; SAP de Jaén de 14 de diciembre de 1994 (AC 1994/2302), en la que se advierte que no se aplica la doctrina del litis consorcio pasivo necesario “en los litigios en los que se insta el cumplimiento de las obligaciones dimanantes de la compraventa”, haciendo la diferencia con aquellos en que se pida la resolución del contrato de compraventa; STSJ de Navarra de 22 de mayo de 1992 (RJ 1992/6198), según la que el éxito o fracaso de la acción de cumplimiento es indiferente a la empresa de leasing, ya que en nada ve alterados sus derechos. En Italia siguen esta orientación los adherentes a la tesis del mandato sin representación, tratada *supra* N° 10.3.2.

sentencia (tesis amplia del litis consorcio). Así lo ha entendido un sector de la doctrina y jurisprudencia italianas adherente a la concepción unitaria.¹²⁸⁴

Por mi parte estimo que el problema de litis consorcio en la acción de cumplimiento no se satisface con una apreciación general, sino que requiere un análisis en función de las pretensiones que la acción de cumplimiento comprende.

En efecto, creo que sí se configura una situación de litis consorcio pasivo necesario de la empresa de leasing cuando el usuario ejercita la acción de cumplimiento por falta de entrega, ya que la sentencia que se dicte afectará los intereses de aquella. A este respecto se debe recordar que la entrega produce importantes efectos en relación con las tres partes de la operación: para el usuario provoca el inicio de la etapa de uso del bien y el comienzo de su obligación de pagar las cuotas; para la empresa de leasing causa la exigibilidad de su obligación de pagar el precio al proveedor, así como la exigibilidad del crédito contra el usuario por las cuotas; y para el proveedor es el hito que marca la facultad de exigir el pago del precio a la empresa de leasing.¹²⁸⁵ De ello se deriva que el éxito o el fracaso de la acción intentada por el usuario determinará si se producen o no dichos efectos, lo que hace imprescindible la comparecencia de los tres afectados.¹²⁸⁶

La conclusión anterior puede ser extendida al caso en que el usuario reclame la sustitución del bien que ha rechazado, puesto que dentro del proceso de entrega los referidos efectos se producen en el momento en que el usuario acepta el bien, de forma que en el supuesto analizado la sentencia que se dicte determinará la producción de tales efectos, en los que estará interesada la empresa de leasing.

Por el contrario, creo cuando el usuario ejercite la acción de cumplimiento pretendiendo la sustitución del bien ya aceptado o su reparación, se configura una situación de litis consorcio voluntario. Ello pues en estos casos el contrato de leasing ya se encontrará en su etapa de ejecución y la empresa de leasing no verá interrumpido el pago de las cuotas en virtud del principio de irrevocabilidad e independencia. En todo caso,

¹²⁸⁴ GORGONI, ob. cit. (*Ancora...*), p. 1.369, quien señala que el usuario debe demandar también a la empresa de leasing, al menos en forma subsidiaria; SCCI de 12 de marzo de 2004 (5125), fundada en la interdependencia de las obligaciones de las partes.

¹²⁸⁵ Ver *supra* N° 28.2.4.

¹²⁸⁶ Por la misma razón, en el poco probable caso de que sea la empresa de leasing quien ejercite la acción de cumplimiento planteando esta pretensión, se produciría también una situación de litis consorcio pasivo necesario, esta vez del usuario.

podría resultar conveniente al usuario solicitar la intervención de la empresa de leasing en el juicio, a fin de que ésta decida si interviene o no, exponiendo lo que considere conveniente a sus derechos. Las leyes procesales generalmente establecen mecanismos que posibilitan esta actuación.¹²⁸⁷

37.- ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO DERIVADA DEL PACTO PREVIO ENTRE USUARIO Y PROVEEDOR.

Según se expuso en el Capítulo anterior, durante el proceso de formación progresiva del contrato trilateral de leasing financiero existe un pacto inicial entre usuario y proveedor en el que se acuerdan los elementos esenciales de la operación (características técnicas del bien, su precio y condiciones de entrega) y este último se compromete a transferir la propiedad del bien a la empresa de leasing en las condiciones acordadas.¹²⁸⁸

Como este pacto tiene naturaleza contractual, en caso de que el proveedor se niegue a vender el bien, o quiera venderlo (o lo venda) en condiciones distintas de las pactadas con el usuario, éste tendrá acción para pedir el cumplimiento del acuerdo y pedir que se condene al proveedor a transferir el bien a la empresa de leasing, o bien a respetar las condiciones de enajenación previamente pactadas con el usuario.¹²⁸⁹

Estos incumplimientos pueden dar lugar también a la resolución del pacto previo o del contrato de leasing, a propósito de cuyo análisis se proporcionarán otros detalles.¹²⁹⁰

38.- ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO DEL USUARIO CONTRA LA EMPRESA DE LEASING.

Si bien el objeto de estudio de este trabajo es la tutela del usuario por incumplimiento del proveedor, a fin de completar el análisis conviene hacer referencia a aquellos casos en que el usuario pueda resultar legitimado para dirigir la acción de cumplimiento en contra de la empresa de leasing.

¹²⁸⁷ Ver art. 14.1 LEC.

¹²⁸⁸ Ver *supra* N° 27.4.1.

¹²⁸⁹ PURCARO, ob. cit. (*La locazione...*), p. 66. Si se concreta la compraventa de un bien distinto o a un precio al acordado en el pacto previo, la acción se podría dirigir también contra la empresa de leasing, según se verá *infra* N° 38.

¹²⁹⁰ Ver *infra* N° 41.2.

Si se analiza el punto desde la óptica bipartita, las obligaciones que asume la empresa de leasing frente al usuario consisten principalmente en adquirir el bien, ceder su uso, entregar el bien (aunque materialmente lo haga el proveedor) y garantizar el saneamiento de la evicción (aunque esta obligación ha sido discutida),¹²⁹¹ de manera que en teoría la inobservancia de cualquiera de estas obligaciones podría dar lugar a la acción de cumplimiento del contrato de leasing propiamente dicho.¹²⁹² Sin embargo, debe recordarse que la empresa de leasing intenta exonerarse de todas o casi todas las obligaciones mencionadas, y legitimar al usuario para que dirija los remedios correspondientes contra el proveedor (y no contra ella). De allí que la legitimación pasiva de la empresa de leasing en la acción de cumplimiento dependerá en definitiva de la posición que se adopte respecto de la licitud de la cláusula de exoneración y de los efectos de la cláusula de subrogación.¹²⁹³ De ello se deriva que el usuario podrá ejercitar la acción de cumplimiento contra dicha empresa respecto de aquellas obligaciones en que la cláusula de exoneración no se estime lícita,¹²⁹⁴ y/o si se adopta la tesis restringida de los efectos de la cláusula de subrogación.¹²⁹⁵

Sin perjuicio de todas estas necesarias distinciones, se pueden mencionar algunos casos en que se ha planteado esta legitimación en la concepción bipartita. Así, por ejemplo, se ha estimado que el usuario podría ejercitar la acción de cumplimiento contra la empresa

¹²⁹¹ Ver *supra* N° 22.1.4, 28.1.3 y 28.3.1.

¹²⁹² Ver GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*Leasing financiero mobiliario...*), p. 185; GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*En torno...*), p. 1.778, para quien la cláusula de exoneración sólo impide que el usuario demande daños y perjuicios o pida la resolución del contrato de leasing basado en el incumplimiento o cumplimiento defectuoso del contrato de compraventa, pero no impediría al usuario demandar el cumplimiento exacto o la resolución del contrato de leasing de acuerdo con sus términos.

¹²⁹³ En los instrumentos de Derecho comparado y uniforme que han sido analizados la legitimación del usuario contra la empresa de leasing es restringida. El instrumento que más rango de acción otorga al usuario frente a la empresa de leasing es la CUAFI a través del art. 12, analizado *supra* N° 24.3.3 y al que se ha hecho referencia *supra* N° 32.

¹²⁹⁴ Como se expuso *supra* N° 22.1.3, ello sucedería con las obligaciones de entrega y de saneamiento de la evicción, aunque se debe hacer presente que en ambos casos la solución es discutida, por lo que en definitiva la conclusión dependerá de la posición que se tome en cada caso.

¹²⁹⁵ Ver *supra* N° 22.2.7, donde se expuso que en la tesis restringida de la subrogación el subrogado (usuario) no puede pedir el cumplimiento del contrato celebrado entre acreedor y deudor. Si, en cambio, se adopta la tesis amplia (que es la preferida por la doctrina y jurisprudencia referida al leasing) el usuario debería ejercitar la acción de cumplimiento contra el proveedor.

de leasing cuando una vez celebrado el contrato de leasing, aquella no celebre el contrato de compraventa por causa que le sea imputable, situación que no estaría amparada por la cláusula de exoneración, al faltar el contrato conexo de compraventa.¹²⁹⁶ También se ha propuesto esta legitimación cuando compra un bien distinto al especificado por el usuario o a un proveedor distinto al dispuesto por éste.¹²⁹⁷ A estos casos pueden agregarse aquellos que en el ámbito de la concepción bipartita habilitan al usuario a demandar la resolución del contrato de leasing propiamente dicho,¹²⁹⁸ ya que dicha legitimación resolutoria emana de la opción que concede al usuario el art. 1.124 CC, que también contempla la acción de cumplimiento.

En el ámbito de la concepción unitaria, en cambio, se entiende que la empresa de leasing sólo asume frente al usuario la obligación de destinar la suma financiada a la adquisición del bien en las condiciones previamente pactadas entre proveedor y usuario, a fin de que éste pueda acceder a su uso.¹²⁹⁹ Como consecuencia de ello, la acción de cumplimiento sólo podría dirigirse contra la empresa de leasing cuando ésta incumpla esta obligación, es decir, cuando una vez que acepta financiar la operación se niegue a adquirir el bien, o lo adquiera a un proveedor distinto de aquel con quien el usuario llegó al pacto previo, o compre un bien diferente al singularizado en el pacto previo, o no haya respetado las condiciones de adquisición emanadas de dicho pacto,¹³⁰⁰ o no haya pagado al proveedor una vez aceptado el bien.¹³⁰¹

¹²⁹⁶ GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*Leasing financiero mobiliario...*), p. 208; GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*En torno...*), p. 1.780; MARTÍNEZ MARTÍN, ob. cit., p. 601. En contra, ROJO AJURIA, ob. cit. (*Leasing mobiliario*), p. 251, para quien, en caso de incumplimiento de la obligación de comprar el bien, el usuario ni siquiera podría pedir el cumplimiento forzoso del contrato, sino que sólo indemnización de perjuicios, ya sea por culpa *in contrahendo*, o por incumplimiento contractual.

¹²⁹⁷ GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*Leasing financiero mobiliario...*), p. 186, para quien la cláusula de exoneración debe entenderse enmarcada en el perfecto cumplimiento del mandato que subyace en el contrato de leasing, lo que supone que la empresa de leasing no puede excluir su responsabilidad si se aparta de las instrucciones recibidas; MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, ob. cit., p. 226 y 228, Nota N° 39.

¹²⁹⁸ Ver *infra* N° 41.1.2.

¹²⁹⁹ Ver *supra* N° 27.5.2 y 28.3.1.

¹³⁰⁰ En estos casos la acción también procederá contra el proveedor, según se expuso *supra* N° 37.

¹³⁰¹ En este caso también el proveedor resultará legitimado para reclamar el cumplimiento de la obligación de pago, según se vio *supra* N° 28.3.2.

Como puede apreciarse, en términos generales la legitimación pasiva de la empresa de leasing es más restringida en la concepción unitaria que en la bipartita, aunque en ésta última podría llegarse a un resultado similar al de la concepción unitaria si se adoptase un criterio muy amplio acerca de la licitud de la cláusula de exoneración y, además, se adhiriese a la tesis amplia de los efectos de la subrogación. En todo caso, la multiplicidad de criterios existente en el universo de la concepción bipartita pone al usuario en una posición de incertidumbre.

SECCIÓN II

ACCIONES DE SANEAMIENTO

39.- SANEAMIENTO DE LA EVICCIÓN.

Según el art. 1.475 CC, la evicción tiene lugar la cuando se priva al comprador, por sentencia firme y en virtud de un derecho anterior a la compra, de todo o parte de la cosa comprada. Se trata de un elemento natural de la compraventa civil¹³⁰² que se ha extendido legalmente a la compraventa mercantil (art. 345 CdeC) y al arrendamiento (art. 1.553 CC).

Si bien hay quienes estiman poco probable el supuesto evicción en el leasing,¹³⁰³ se trata de una hipótesis posible. El problema nuevamente consiste en determinar quién debe responder en caso de privación del bien por esta causa.

Si se aborda tal problema desde el punto de vista de la concepción bipartita, creo que el análisis debería considerar dos factores: la existencia de dos obligaciones de saneamiento y el carácter renunciante de éstas. En efecto, a partir de la duplicidad contractual debemos entender que existen dos obligaciones de saneamiento: una del proveedor frente a la empresa de leasing, cuya fuente es el contrato de compraventa; y

¹³⁰² Como consecuencia, el vendedor responderá de la evicción aunque nada se haya expresado en el contrato (art. 1.475.2 CC) pudiendo los contratantes, sin embargo, aumentar, disminuir o suprimir esta obligación legal del vendedor (art. 1.475.3 CC). Sin perjuicio de lo anterior, el pacto de supresión es nulo si media mala fe del vendedor (art. 1.476 CC).

¹³⁰³ DE LA CUESTA RUTE, ob. cit. (*Reflexiones...*), p. 581; GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*Leasing financiero mobiliario...*), p. 190. En Italia, PURCARO, ob. cit. (*La locazione...*), p. 182 señala que el problema de la evicción se presentará fundamentalmente en el leasing inmobiliario, mas no en el mobiliario, por lo dispuesto en el art. 1.153 CC italiano.

otra de la empresa de leasing frente al usuario, cuya fuente es el contrato de leasing.¹³⁰⁴ Asimismo, se debe considerar que cada una de estas obligaciones tiene carácter renunciable. Sobre esta base, creo que pueden presentarse los siguientes escenarios:

A) Que en ninguno de los dos contratos se haya renunciado al saneamiento: en este caso, atendido el hecho de que en la concepción bipartita se entiende que el usuario sólo está vinculado con la empresa de leasing, aquel podrá dirigirse contra ésta a fin de invocar la protección que otorga la ley al arrendatario, sin perjuicio de lo que se pacte en el contrato de leasing propiamente dicho,¹³⁰⁵ y de que la empresa de leasing pueda dirigirse luego contra el proveedor en virtud de la obligación de saneamiento emanada del contrato de compraventa.

B) Que sólo se haya pactado renuncia al saneamiento en el contrato de compraventa: en este caso la solución será la misma que en el caso anterior, con la diferencia de que la empresa de leasing no podrá dirigirse posteriormente contra el proveedor, a menos que la renuncia en la compraventa sea declarada nula por mala fe del proveedor (art. 1.476 CC) o que la renuncia haya sido hecha sin conocimiento de los riesgos de la evicción, para reclamar el precio del bien conforme al art. 1.477 CC).

C) Que se haya pactado renuncia al saneamiento en el contrato de leasing (mediante la cláusula de exoneración), sea que exista o no dicha renuncia en el contrato de compraventa: es en este supuesto donde se ha centrado el debate, que ha consistido en determinar si la empresa de leasing puede exonerarse de esta obligación, o si debe ella permanecer responsable frente al usuario. Esta última posición ha sido adoptada por un

¹³⁰⁴ Como se ha hecho presente con anterioridad, todas las tesis formuladas en el ámbito de la concepción bipartita, aun aquellas que reniegan de la naturaleza arrendaticia, terminan reconociendo a la empresa de leasing obligaciones muy similares a las de un arrendador, entre ellas la de saneamiento de la evicción. Ello se debe a que en todas estas tesis se entiende que la empresa de leasing asume la obligación de *ceder el goce* del bien al usuario.

¹³⁰⁵ Ver en este sentido la condición general N° 7 del modelo de contrato de arrendamiento financiero de AELR, donde se pacta que *“incumbe al arrendador financiero la obligación de mantener al arrendatario en el goce pacífico de los bienes por todo el tiempo del contrato y la de saneamiento en caso de evicción. En caso de incumplimiento de estas obligaciones podrá el arrendatario financiero ejercitar las acciones que procedan contra el arrendador financiero, incluso la de resolución del contrato si la perturbación del goce pacífico de los bienes fuese insubsanable e irreversible. No responde el arrendador financiero de las perturbaciones de mero hecho debidas a actos de terceros, contra los que el arrendatario financiero podrá ejercitar cuantas acciones incumben al poseedor inmediato y legítimo de los bienes para impedir o evitar dichas perturbaciones”*.

sector de la doctrina española¹³⁰⁶ y por la totalidad de los instrumentos de Derecho comparado y uniforme analizados, que contemplan ésta como la única (o casi única) hipótesis de excepción a la exoneración de la empresa de leasing.¹³⁰⁷ Por el contrario, otro sector de la doctrina en España se pronuncia a favor de la licitud de la exoneración de la empresa de leasing.¹³⁰⁸

Si se llega a la conclusión de que la empresa de leasing no puede exonerarse del saneamiento de la evicción, deberá responder de ésta como en los supuestos anteriores.

Si, por el contrario, se llega a la conclusión de que la empresa de leasing puede exonerarse del saneamiento de la evicción, ésta sólo quedará libre de todo riesgo cuando esté en condiciones de acreditar que el usuario renunció al saneamiento con conocimiento de los riesgos de la evicción y sometiéndose a sus consecuencias (art. 1.477 CC), ya que en caso contrario deberá pagar al usuario el precio que tenga el bien al momento de la evicción (lo que podría traducirse en la restitución de las cuotas pagadas). Sin perjuicio de todo lo anterior, la empresa de leasing deberá responder de la evicción en caso de que el pacto de renuncia sea declarado nulo por mala fe de su parte (art. 1.476 CC).

En caso de que la empresa de leasing no deba responder frente al usuario, habría que ver si, a su vez, la evicción fue objeto de renuncia en el contrato de compraventa,¹³⁰⁹ a fin de explorar la posibilidad de que el usuario pudiera dirigirse contra el proveedor con base en la cláusula de subrogación.

Pues bien, si la evicción no fue suprimida en el contrato de compraventa, el usuario podría reclamar al proveedor los conceptos del art. 1.478 CC sólo si se adoptase la tesis amplia de los efectos de la subrogación, ya que en la tesis restringida no podría.¹³¹⁰ Si se logra llegar a este punto, se debería concluir, sin embargo, que la protección del usuario no se produce de forma adecuada, ya que se estará sujeto a la discusión de si el proveedor

¹³⁰⁶ Ver *supra* N° 22.1.3.

¹³⁰⁷ Ver *supra* N° 24.2.1 para el UCC, 24.3.1 para la LMUL, 24.4.1 para la LMUL y 24.5.1. para el ACM.

¹³⁰⁸ Ver *supra* N° 22.1.3.

¹³⁰⁹ En el marco de la concepción bipartita la renuncia al saneamiento en el contrato de compraventa no debería revestir mayor problema, al haber sido calificado este contrato como una compraventa mercantil sin mayor especialidad. Ver *supra* N° 9.

¹³¹⁰ Ver *supra* N° 22.2.5.

debe restituir el precio al usuario (en su calidad de demandante) o a la empresa de leasing (en su calidad de compradora),¹³¹¹ discusión que puede extenderse a la restitución de frutos y que puede provocar una polémica subsecuente: la de si se produce una situación de litis consorcio pasivo necesario de la empresa de leasing en este juicio. Asimismo resultará discutible si los daños que debería indemnizar el proveedor (vendedor) en virtud del art. 1.478 N° 5 CC son los causados a la empresa de leasing, o si el usuario puede demandar el resarcimiento de daños propios.¹³¹²

Por último, si la evicción fue suprimida en el contrato de compraventa, el usuario nada podría reclamar si el proveedor acredita que la empresa de leasing renunció al saneamiento con conocimiento de los riesgos de la evicción y sometiéndose a sus consecuencias (art. 1.477 CC). En caso contrario el proveedor deberá pagar el precio que tenga el bien al momento de la evicción, presentándose nuevamente el problema de determinar a quién debe pagarse dicho precio. Sin perjuicio de todo lo anterior, el proveedor deberá responder de la evicción en caso de que el pacto de renuncia sea declarado nulo por mala fe de su parte (art. 1.476 CC), caso en el que se presentarán los problemas referidos en el párrafo anterior.

Como puede apreciarse, nuevamente la concepción bipartita deja al usuario en una posición un tanto difícil, ya que su tutela depende de la posición que se adopte en una serie de discusiones que derivan de su calidad de tercero respecto del proveedor y de la multiplicidad de obligaciones resultantes de la fragmentación contractual. Del mismo modo, la existencia de dos contratos obliga a distinguir una serie de supuestos de hecho que no suelen ser abordados por la doctrina. Y cuando la posición del usuario resulta más protegida, es decir, cuando la empresa de leasing debe responder por la evicción, se echa por tierra el carácter estrictamente financiero de esta última, haciéndola responder de riesgos extra financieros.

Si, en cambio, operamos sobre la base de la tesis planteada en el Capítulo anterior, debe concluirse que no hay dos obligaciones de saneamiento sucesivas, sino una sola, cuyo deudor es el proveedor. La empresa de leasing no se obliga a ceder el goce del bien al

¹³¹¹ Estimo que en este caso es aplicable la conclusión a que se llegue en el problema de la restitución del precio por ejercicio de la acción resolutoria del contrato de compraventa, que será analizado *infra* N° 44.2.

¹³¹² Este es un problema común a toda indemnización que reclame el usuario al proveedor, según se expondrá *infra* N° 47.

usuario, por lo que tampoco se obliga a sanear la evicción.¹³¹³ Si bien la empresa de leasing es la acreedora originaria de dicha obligación (en ella se radicará el dominio del bien), será el usuario el que asume la posición activa. Primero porque la obligación de la empresa de leasing frente al usuario se traduce en consentir (y dar cuenta de ello en los documentos que sustentan al contrato de compraventa) que las obligaciones que corresponden al proveedor como vendedor (entre ellas la de saneamiento) sean cumplidas directamente a favor del usuario en las condiciones que acordaron ambos en el pacto previo.¹³¹⁴ Y segundo porque el usuario asume todos los riesgos que corresponden al comprador, en particular el de incumplimiento del proveedor y el de pérdida del bien.¹³¹⁵ De lo anterior se deduce que será el usuario el encargado de ejercitar las acciones correspondientes contra el proveedor. Todo ello a menos que se suprima esta garantía.

Esta forma de entender la operación es coherente con su carácter financiero¹³¹⁶ y con la relación contractual que defiende entre proveedor y usuario en virtud de la que ambos tienen las obligaciones que corresponden a respectivamente a un vendedor y un comprador.¹³¹⁷ Sobre la base de lo anterior, creo que deben distinguirse dos supuestos:

A) La obligación de saneamiento del proveedor no fue suprimida: en este caso el usuario podrá reclamar al proveedor las prestaciones mencionadas en el art. 1.478 CC, pudiendo percibir todos los ítems mencionados en los N° 1 a 4 y además la indemnización por daños propios, ya que demanda en calidad de acreedor de la obligación de saneamiento, y no como subrogado de la empresa de leasing.

B) La obligación de saneamiento del proveedor fue suprimida: en este caso el usuario no podrá reclamar ítem alguno al proveedor si la obligación de saneamiento fue suprimida con conocimiento de los riesgos de la evicción y sometiéndose a sus consecuencias. En caso contrario podrá reclamar el precio del bien al tiempo de la evicción (art. 1.477 CC). Todo ello a menos que el pacto de renuncia al saneamiento sea nulo por mala fe del proveedor, en cuyo caso éste deberá responder en los términos expuestos en la

¹³¹³ En el mismo sentido, PURCARO, ob. cit. (*La locazione...*), p. 178-179.

¹³¹⁴ Ver *supra* N° 28.1.2 y 28.3.1

¹³¹⁵ Ver *supra* N° 28.2.5.

¹³¹⁶ Ver *supra* N° 27.5.2.

¹³¹⁷ Ver *supra* N° 27.4.3.

letra anterior. La empresa de leasing, por su parte, seguirá cobrando las cuotas en virtud del principio de irrevocabilidad e independencia y de haber asumido el usuario el riesgo de incumplimiento del vendedor.

40.- SANEAMIENTO DE VICIOS OCULTOS.

40.1.- Aspectos generales.

A partir del art. 1.484 CC se han definido los vicios ocultos del objeto de la compraventa como las deficiencias, defectos o anomalías ocultas que pueda tener la cosa y que impidan la posesión útil de la misma, es decir, que la hagan impropia para el uso a que se la destina, o bien disminuyen de tal modo este uso que, de haberlos conocido el comprador, no la habría adquirido o habría dado menos precio por ella.¹³¹⁸

Al igual que el saneamiento por evicción se trata de un elemento natural de la compraventa civil (art. 1.485 CC y 345 CdeC) que se ha hecho legalmente aplicable a la compraventa mercantil (art. 345 CdeC) y al arrendamiento (art. 1.553 CC), en cuya virtud el art. 1.486 CC¹³¹⁹ faculta al comprador para optar entre la acción redhibitoria (desistir del contrato, abonándosele los gastos que pagó más la indemnización de daños y perjuicios en el caso del art. 1.486.2) y la acción quanti minoris o estimatoria (rebajar una cantidad proporcional del precio), sin perjuicio de reclamar la reparación del bien.¹³²⁰

Sin perjuicio de lo anterior, el CdeC consagra normas especiales en los arts. 336 y 342, que se podrían resumir de la siguiente manera: **A)** Si se trata de vicios manifiestos o aparentes (art. 336 CdeC): El comprador no tiene acción contra el vendedor si no examina las mercaderías,¹³²¹ o si las examina “a su contento”, es decir, las acepta. Si las mercaderías vienen enfardadas o embaladas puede reclamar contra el vendedor por defecto en la cantidad o calidad dentro de cuatro días, y ejercitar dentro de seis meses desde la

¹³¹⁸ LLAMAS POMBO, ob. cit. (*La compraventa*), p. 1.100.

¹³¹⁹ Ver SECO CARO, Enrique, *Contenido, incumplimiento y extinción del contrato mercantil de compraventa*. En AA.VV., “Derecho Mercantil”, Guillermo Jiménez Sánchez (coord.), Marcial Pons, Madrid, 2010 (14^o edición), Tomo II, p. 237, quien subraya que la reglamentación de la compraventa mercantil es a este respecto fragmentaria, lo que obliga a recurrir a las normas del CC.

¹³²⁰ En esta sección sólo se tratará lo referido a las acciones redhibitoria y estimatoria. Si el usuario opta por pedir la reparación del bien, vale lo dicho *supra* N^o 34.

¹³²¹ STS de 23 de septiembre de 1982 (RJ 1982/4922).

entrega¹³²² las acciones de resolución o cumplimiento, en ambos casos con indemnización de los perjuicios que se le hubieren causado por los defectos o faltas.¹³²³ B) Si se trata de vicios ocultos (art. 342 CdeC): En este caso se ha dicho que el plazo de 30 días que menciona la norma sería para denunciar el vicio, mientras que el plazo para ejercitar las acciones correspondientes sería de seis meses, en aplicación del art. 1.490 CC.¹³²⁴ Las acciones a que tiene acceso el comprador serían las del art. 1.486 CC, antes mencionadas.¹³²⁵

40.2.- Legitimación del usuario.

Si se aborda este asunto desde la óptica bipartita se debe partir nuevamente de la base de que existen dos obligaciones de saneamiento: una del proveedor a favor de la empresa de leasing, cuya fuente es el contrato de compraventa; y otra de la empresa de leasing a favor del usuario, cuya fuente es el contrato de leasing. A lo anterior debe agregarse el factor del carácter renunciable del saneamiento. Sobre esta base, estimo que pueden darse los siguientes supuestos:

A) Que en ninguno de los dos contratos se haya renunciado al saneamiento:¹³²⁶ en este caso, atendido el hecho de que en la concepción bipartita se entiende que el usuario

¹³²² Según FENOY PICÓN, Nieves, *Falta de conformidad e incumplimiento en la compraventa (evolución del ordenamiento español)*. Civitas, Madrid, 1996, p. 287, el plazo para ejercitar las acciones se rige por el art. 1.490 CC.

¹³²³ Ver LLAMAS POMBO, ob. cit. (*La compraventa*), p. 1.104, quien considera que, como los vicios objeto de saneamiento son los ocultos, el art. 336 no es propiamente una norma de saneamiento, sino de supuestos cercanos al cumplimiento defectuoso, lo que explicaría que las acciones que dicha norma concede al comprador no son las propias del saneamiento por vicios ocultos, sino que las propias del incumplimiento. En similar sentido, ORTÍ VALLEJO, ob. cit. (*La protección...*), p. 114 y 361, para quien el art. 336 no hace más que trasladar al CdeC los remedios que para el incumplimiento dispone el art. 1.124 CC, lo que se justifica porque en las compraventas genéricas el defecto de la cosa constituye un incumplimiento.

¹³²⁴ LLAMAS POMBO, ob. cit. (*La compraventa*), p. 1.101, 1.103 y 1.105; ORTÍ VALLEJO, ob. cit. (*La protección...*), p. 361; PABLO-ROMERO GIL-DELGADO, ob. cit., p. 185 y 186; PÉREZ LÓPEZ DE BRÍÑAS, ob. cit., p. 1.373; SECO CARO, ob. cit., p. 330.

¹³²⁵ LLAMAS POMBO, ob. cit. (*La compraventa*), p. 1.105; PABLO-ROMERO GIL-DELGADO, ob. cit., p. 186; PÉREZ LÓPEZ DE BRÍÑAS, ob. cit., p. 1.377, haciendo presente que otro sector de la doctrina estima que son aplicables las acciones señaladas en el art. 336 CdeC.

¹³²⁶ En el poco probable caso de que la empresa de leasing no se haya exonerado de la obligación de saneamiento, lo lógico es que tampoco haya subrogado al usuario en su posición contra el proveedor. Si ello sucediese, se produciría una doble legitimación pasiva. En este último caso

sólo está vinculado con la empresa de leasing, aquel podrá dirigirse contra ésta a fin de invocar la protección que otorga la ley al arrendatario, es decir, ejercitar la acción redhibitoria o estimatoria respecto del contrato de leasing propiamente dicho.

En caso de que el usuario obtuviese lo solicitado en el juicio, la empresa de leasing se vería compelida a iniciar un segundo juicio contra el proveedor. En efecto, si se dio lugar a la acción redhibitoria (y, por tanto, se dejó sin efecto el contrato de leasing y se ordenó la entrega del bien a la demandada), la empresa de leasing estará interesada, a su vez, en ejercitar la acción redhibitoria o la resolutoria contra el proveedor, a fin de restituirle el bien viciado y obtener la devolución del precio. Si, en cambio, se dio lugar a la acción estimatoria, la empresa de leasing estará interesada en repercutir la rebaja de precio en el proveedor, ya que de otra manera la operación devendría en una pérdida para la financiera (habría pagado un precio X al proveedor, y obtendría el reembolso del precio X rebajado de parte del usuario).

B) Que sólo se haya pactado renuncia al saneamiento en el contrato de compraventa: en este caso la solución será la misma que en el caso anterior, con la diferencia de que la empresa de leasing no podrá dirigirse posteriormente contra el proveedor.

C) Que se haya pactado renuncia al saneamiento en el contrato de leasing (mediante la cláusula de exoneración) y no en el contrato de compraventa: éste es el supuesto en que suele ponerse la doctrina española al analizar el problema, estimando válida la cláusula de exoneración por vicios del bien,¹³²⁷ a menos que la empresa de leasing conozca la existencia de los vicios, caso en que se estima inválida la referida cláusula por dolo de dicha empresa, a quien se hace responsable frente al usuario.¹³²⁸ Asimismo, los instrumentos de Derecho comparado y uniforme analizados consagran normas de exoneración de la empresa de leasing para estos casos.¹³²⁹

estimo (siempre en la lógica bipartita) que convendría al usuario dirigirse contra la empresa de leasing, que es su contraparte contractual, en vez de hacerlo contra un “tercero” en virtud de una técnica tan problemática como la de la subrogación.

¹³²⁷ Ver *supra* N° 22.1.3.

¹³²⁸ Ver *supra* N° 22.1.4, donde se criticó la solución arriba enunciada.

¹³²⁹ Ver *supra* N° 24.2.1 para el UCC, 24.3.1 para la LMUL, 24.4.1 para la LMUL y 24.5.1. para el ACM.

Si sobre la base de lo anterior el usuario no puede dirigirse contra la empresa de leasing, el paso siguiente es ver si se puede dirigir contra el proveedor, interrogante que debe resolverse en función del ordenamiento jurídico de que se trate.

En el ordenamiento español, una vez superado el filtro de la cláusula de exoneración, habrá que analizar el de la cláusula de subrogación, a fin de determinar si el usuario puede ejercitar, en calidad de subrogado de la empresa de leasing, las acciones de saneamiento provenientes del contrato de compraventa. En este ámbito la doctrina y la jurisprudencia suelen entender que el usuario puede ejercitar por sí mismo, individualmente, las acciones correspondientes contra el proveedor.¹³³⁰ Sin embargo, llegar a esta conclusión en base a la técnica de la subrogación no resulta tan fácil, ya que incluso si se adopta la tesis amplia de esta institución (que hace equivalentes sus efectos a los de la cesión de crédito), hay autorizada doctrina para la que estas acciones deben ser ejercitadas por el cesionario (en este caso el usuario) con el *concurso* del cedente (en este caso la empresa de leasing),¹³³¹ lo que supone contar con el consentimiento de la empresa de leasing, que perfectamente podría negarse a ello, dejando sin amparo al usuario.

Aun de llegarse a la dudosa conclusión de que el usuario puede demandar de forma autónoma al proveedor, debería estimarse que a lo menos existe una situación de litis consorcio pasivo necesario de la empresa de leasing,¹³³² ya que los intereses de ésta pueden llegar a ser afectados por el resultado del juicio que inicie el usuario. En efecto, si el usuario ejercita exitosamente la acción redhibitoria contra el proveedor, se producirán efectos análogos a los de la acción resolutoria del contrato de compraventa (con todos los problemas que el ejercicio de esta acción provoca en la concepción bipartita¹³³³), caso en que la misma doctrina y jurisprudencia adherente a la concepción bipartita proclama la

¹³³⁰ Ver, por todos, DÍAZ ECHEGARAY, ob. cit., p. 726.

¹³³¹ El análisis expuesto fue tratado con más detalle *supra* N° 22.2.7, donde además se demostró lo extremadamente discutible de la afirmación tan típica en la concepción bipartita en cuanto a que “el usuario puede ejercitar todos los derechos y acciones que le corresponden a la empresa de leasing contra el proveedor en virtud del contrato de compraventa, en las mismas condiciones que podría hacerlo la empresa de leasing como compradora”.

¹³³² Se hace referencia a la tesis amplia del litis consorcio pasivo, que es la única compatible con la concepción bipartita, según se expuso *supra* N° 15.4.

¹³³³ Dichos problemas serán analizados *infra* N° 41-44.

existencia de litis consorcio pasivo necesario.¹³³⁴ Asimismo, si el usuario ejercita exitosamente la acción estimatoria, se producirá como efecto la rebaja del precio pagado por la empresa de leasing en virtud del contrato de compraventa, con lo que también resulta afectada por la sentencia que se dicte, aparte de producirse otros efectos que justificarían sobradamente su intervención en el juicio. Entre estos efectos puede mencionarse la subsecuente rebaja del precio del contrato de leasing financiero, teniendo presente que éste se calcula en función del precio que a su vez pagó la empresa de leasing en virtud del contrato de compraventa. Por otra parte, se presenta aquí el problema de determinar a quién debe restituir el proveedor la proporción del precio rebajado, si al usuario (como demandante) o a la empresa de leasing (quien pagó el precio que ahora se está rebajando). Según se expondrá más adelante,¹³³⁵ estimo que el precio debe ser restituido a la empresa de leasing, lo que vuelve a justificar su intervención en el juicio.

Todo lo anteriormente expuesto viene a demostrar que la legitimación del usuario contra el proveedor en base a la subrogación para el ejercicio de estas acciones no resulta ni simple de justificar ni está exenta de problemas, como se sugiere en la concepción bipartita.

Por su parte, la mayoría de los cuerpos normativos de Derecho comparado y uniforme legitiman al usuario contra el proveedor por medio de la acción directa legal, entendiendo que en el caso que se analiza el contrato de compraventa no contiene exoneración del proveedor.¹³³⁶ Se aparta del criterio descrito la CUAFL, que por una parte legitima al usuario contra el proveedor en virtud de la acción directa (art. 10.1),¹³³⁷ pero por otra parte legitima al usuario contra la empresa de leasing en casos de falta de conformidad (art. 12), lo que provoca los inconvenientes ya analizados.¹³³⁸

¹³³⁴ Ver *infra* N° 42.

¹³³⁵ Ver *infra* N° 44.2.

¹³³⁶ Ver *supra* N° 24.2.4 para el UCC; 24.5.2 para el ACM; y 24.4.2 para la LMUL, agregando aquí la sugerencia de lectura del art. 17.1.

¹³³⁷ Ver *supra* N° 24.3.2, donde se explicitó que se han entendido comprendidos en la acción directa los derechos para exigir la conformidad del bien y entablar las reclamaciones por vicios o defectos. Vale la pena observar que, sobre la base del art. 10.2, debería entenderse que esta legitimación del usuario contra el proveedor no se concede para ejercitar una acción como la redhibitoria o cualquier otra cuyos efectos sean equivalentes a los de la resolución.

¹³³⁸ Ver *supra* N° 24.3.3.

Cabe destacar, por último, que esta legitimación legal del usuario contra el proveedor no exime al primero de los problemas detectados en el Derecho español, los que deberán ser resueltos sobre la base de la reglamentación que en el ordenamiento respectivo se provea para la compraventa (o el contrato de “suministro” respectivo) y las normas procesales aplicables para el problema del litis consorcio pasivo de la empresa de leasing.

D) Que se haya pactado renuncia al saneamiento en el contrato de leasing (mediante la cláusula de exoneración) y además en el contrato de compraventa: en este caso el usuario se encontrará en una situación bastante difícil, ya que no podrá dirigirse contra la empresa de leasing (por estar exonerada) pero tampoco podrá hacerlo contra el proveedor, al estar también exonerado en el contrato de compraventa, que en la lógica bipartita es un contrato independiente y negociado separadamente del de leasing.

En el ordenamiento español el proveedor resulta indemne ya que, como consecuencia de la subrogación, éste no puede quedar frente al usuario en una posición peor a la que estaría frente a la empresa de leasing (que era su acreedor directo), por lo que podrá negar al primero toda prestación que habría podido negar a la segunda.¹³³⁹ La misma lógica se aplica en el UCC,¹³⁴⁰ y parece ser acogida en la acción directa del art. 10.1 CUAFI, art. 7.1 LMUL y del art. 576-2 ACM, que legitiman al usuario para exigir al proveedor las obligaciones emanadas *del contrato* de compraventa, por lo que el proveedor no responderá frente al usuario si la obligación de saneamiento fue excluida de dicho contrato.¹³⁴¹ La diferencia radica en que el UCC establece en la sección 2A-103(1)(g)(iii) mecanismos para que el usuario conozca de antemano las obligaciones que podrá o no

¹³³⁹ Ver *supra* N° 22.2.8.

¹³⁴⁰ Ver *supra* N° 24.2.4.

¹³⁴¹ Ver *supra* N° 24.3.2, 24.4.2 y 24.5.2. alguna duda podría plantear la LMUL, cuyo art. 17.1 LMUL dispone que “*En todo contrato de leasing financiero, el proveedor garantiza que el activo tal como se describe en el contrato de leasing, deberá reunir las condiciones para ser aceptable según los usos del comercio, y que es idóneo para los propósitos ordinarios para los cuales un activo de ese tipo sea utilizable. Sujeto al artículo 7(2), la garantía es ejecutable únicamente contra el proveedor.*” Ver UNIDROIT, ob. cit. (*Official commentary*), N° 77. Sobre la base de esta norma podría sostenerse que la responsabilidad del proveedor frente al usuario tiene carácter legal, por lo que en principio no podría ser dejada sin efecto por un pacto incluido en el contrato de compraventa, a menos que la ley del Estado receptor lo permita. Dicha renuncia no estaría amparada por la norma de libertad contractual del art. 5, ya que ésta se refiere sólo a las normas referidas al contrato de leasing propiamente dicho.

exigir al proveedor,¹³⁴² por lo que no le sería permitido luego alegar desprotección si aceptó la operación en estos términos. Ello no sucede en los demás ordenamientos (incluido el español), lo que podría dejar al usuario en una situación de desamparo.¹³⁴³

Ante esta situación se ha planteado la alternativa de que el usuario pueda dirigirse contra la empresa de leasing. En el ordenamiento español se ha admitido esta posibilidad por la vía de limitar o invalidar la cláusula de exoneración, solución que produce los efectos adversos ya comentados.¹³⁴⁴ Asimismo, el art. 12 CUAFI consagra remedios del usuario contra la empresa de leasing en caso de falta de conformidad, pero como se vio anteriormente, estos remedios podrían entrar en conflicto con la acción directa del art. 10.1.¹³⁴⁵

Por mi parte, creo que la concepción unitaria ofrece al problema planteado una solución más simple y satisfactoria, exenta de este panorama de distinciones y soluciones disímiles (y en muchos casos problemáticas) que deriva de concebir la operación como conformada por dos contratos distintos, negociados de forma independiente y con sus propias obligaciones y exoneraciones.

En efecto, de acuerdo a la tesis aquí planteada el proveedor cumple la obligación de saneamiento frente al usuario en virtud de lo acordado en el pacto previo y de la relación jurídica que une a ambos en calidad de vendedor y comprador respectivamente.¹³⁴⁶ La empresa de leasing, por su parte, al no obligarse a ceder el goce del bien al usuario, no asume frente a éste obligación de saneamiento alguna.¹³⁴⁷ De esta manera, no existen dos obligaciones de saneamiento consecutivas, sino una sola del proveedor frente al usuario, con lo que se hace innecesario hacer todas las distinciones anteriores.

¹³⁴² Ver *supra* N° 17.2.

¹³⁴³ Ver los problemas observados a este respecto en el ordenamiento español *supra* N° 22.2.9.

¹³⁴⁴ Ver *supra* N° 22.1.4, 22.2.4 y 22.2.9.

¹³⁴⁵ Ver *supra* N° 24.3.3.

¹³⁴⁶ Ver *supra* N° 27.4.2 y 27.4.3. En el mismo sentido CHINDEMI, ob. cit. (*Invalidità...*), p. 325; CHINDEMI, ob. cit. (*Trilateralità...*), p. 186; GORGONI, ob. cit. (*Sulla qualificazione...*), p. 481; PURCARO, ob. cit. (*La locazione...*), p. 175

¹³⁴⁷ Ver *supra* N° 28.3.1.

El usuario podrá renunciar al saneamiento en el pacto previo, renuncia que la empresa de leasing deberá hacer constar en el contrato de compraventa. En este caso, no podrá invocar posteriormente el saneamiento, pero a diferencia de la situación descrita en la letra D) anterior, se trata de una renuncia hecha libremente por el propio usuario (que le inhabilitaría posteriormente para ir en contra de su propio acto), y no de una renuncia hecha por la empresa de leasing en eventual desconocimiento del usuario, como puede darse en una situación de fragmentación contractual.

Si, por el contrario, el usuario no renuncia al saneamiento, la empresa de leasing no podrá hacerlo en el contrato de compraventa, ya que ésta debe respetar el pacto previo existente entre usuario y proveedor, so pena de verse expuesta a indemnizar los daños y perjuicios que se deriven para el usuario de la renuncia no autorizada. En este supuesto de no renuncia al saneamiento el usuario podrá ejercitar contra el proveedor las acciones correspondientes tal como un comprador puede hacerlo contra su vendedor, con la diferencia que, al tratarse de un contrato trilateral (aunque esté documentado en pluralidad de instrumentos) deberá demandar también a la empresa de leasing por existir una situación de litis consorcio pasivo necesario.¹³⁴⁸ De esta manera se soluciona en un solo juicio la situación en que quedarán las prestaciones recíprocas, sin que se plantee la posibilidad de juicios sucesivos a que se hizo referencia en la alternativa A). Si en dicho juicio el usuario ejercita exitosamente la acción redhibitoria, se debe dejar sin efecto la operación en su totalidad, aplicándose los efectos restitutorios que se verán a propósito de la acción resolutoria.¹³⁴⁹ Si, por el contrario, el usuario ejercita exitosamente la acción estimatoria, el proveedor deberá restituir la parte del precio que corresponda a la empresa de leasing, y se resolverá en el mismo juicio la consecuente rebaja que deberán sufrir las cuotas de leasing producto de la rebaja de la suma financiada.

40. 3.- Referencia al problema de los plazos de prescripción. Doctrina del *aliud pro alio*.

Por último en esta sección, y aunque no se trate de un asunto propio del leasing financiero, estimo necesario hacer una breve referencia a la doctrina del *aliud pro alio*, ya

¹³⁴⁸ Ver SCCI de 12 de marzo de 2004 (5125).

¹³⁴⁹ Ver *infra* N° 44. Ello permite solucionar los problemas detectados en la alternativa C) respecto de la acción redhibitoria ejercitada sobre la base de la cláusula de subrogación.

que ha determinado la aplicación de un remedio distinto (principalmente el resolutorio) a casos que, en principio, deberían ser resueltos en base a las acciones de saneamiento.

El problema parte de la brevedad de los plazos de denuncia de los vicios (4 días en el caso del art. 336 CdeC y 30 días en el caso del art. 342 CdeC) y de ejercicio de las acciones (seis meses, en aplicación del art. 1.490 CC),¹³⁵⁰ problema que se agrava para el comprador (en nuestro caso el usuario) si se tiene en cuenta que los mencionados plazos han sido considerados como plazos de caducidad¹³⁵¹ y que la posibilidad de modificarlos contractualmente ha sido discutida.¹³⁵²

Para salvar estos inconvenientes se ha recurrido a la doctrina del *aliud pro alio*, en virtud de la cual se entiende que el vendedor (en este caso el proveedor) ha entregado una cosa distinta de la estipulada cuando los vicios de que adolece son de tal envergadura que la convierten en no idónea para servir al fin que dio lugar al contrato. En virtud de la doctrina que se comenta, la situación descrita es asimilada a la de falta de entrega, por lo que el comprador (en este caso el usuario) podrá acceder a las acciones contempladas en el art. 1.124 CC (cumplimiento o resolución con indemnización de daños y perjuicios), que prescriben en el plazo de cinco años (art. 1.964 CC). Con ello se beneficia al comprador en los casos en que los vicios no sean de fácil detección, quedando reducida la protección edilicia a los casos de menor envergadura.¹³⁵³ La doctrina descrita ha sido aplicada sin reparos por parte del Tribunal Supremo en materia de leasing financiero.¹³⁵⁴

¹³⁵⁰ Ver *supra* N° 40.1. La limitación de los plazos estaría justificada por la necesidad de protección del tráfico mercantil, así como el hecho de tratarse de un comprador profesional que está en condiciones de detectar rápidamente los vicios, de manera que si no repara en ellos se entiende que ha consentido en adquirir la cosa con tales defectos. Ver al efecto CHULIA VICENT y BELTRÁN ALANDETE, ob. cit., p. 47; LLAMAS POMBO, ob. cit. (*La compraventa*), p. 1.100; PABLO-ROMERO GIL-DELGADO, ob. cit., p. 186; PÉREZ LÓPEZ DE BRÍÑAS, ob. cit., p. 1.375; SECO CARO, ob. cit., p. 330; STS de 23 de septiembre de 1982 (RJ 1982-4922).

¹³⁵¹ LLAMAS POMBO, ob. cit. (*La compraventa*), p. 1.101; PÉREZ LÓPEZ DE BRÍÑAS, ob. cit., p. 1.362 y 1.376; STS de 23 de septiembre de 1982 (RJ 1982-4922).

¹³⁵² PABLO-ROMERO GIL-DELGADO, ob. cit., p. 186; PÉREZ LÓPEZ DE BRÍÑAS, ob. cit., p. 1.375.

¹³⁵³ ANTÓN GUIJARRO, Javier, *Compatibilidad entre las acciones derivadas de los vicios ocultos en la compraventa y las acciones procedentes por el llamado "aliud pro alio": dos visiones jurisprudenciales enfrentadas*. En Revista General de Derecho, 1995, p. 9.733-9.738; NAVAS NAVARRO, ob. cit., p. 168, para quien esta doctrina viene a reproducir la distinción entre incumplimiento esencial e incumplimiento no esencial, atribuyendo al comprador distintos remedios en cada caso; ORTI VALLEJO, Antonio, *Los vicios en la compraventa y su diferencia con el aliud pro alio: jurisprudencia más reciente*. En Aranzadi Civil 1996-I, p. 41-60; STS 28 de enero de 1992 (RJ 1992-273). En referencia al leasing financiero, ver BUITRAGO RUBIRA, ob. cit. (*El leasing mobiliario...*), p. 234ss; V197;

El problema que plantea esta doctrina en la óptica bipartita es determinar cuál de las dos obligaciones de entrega se estaría incumpliendo (la del proveedor a la empresa de leasing, o la de ésta al usuario) y, por tanto, si el usuario debe ejercitar los remedios del art. 1.124 CC contra la empresa de leasing o contra el proveedor, problema para cuyo análisis me remito al estudio de las acciones de cumplimiento y de resolución por falta de entrega, donde también se expone la solución al problema en el marco de la concepción unitaria¹³⁵⁵

SECCIÓN III

ACCIÓN RESOLUTORIA

41.- LEGITIMACIÓN ACTIVA DEL USUARIO PARA DEMANDAR LA RESOLUCIÓN.

41. 1.- En la concepción bipartita.

Como en la concepción bipartita se concibe la existencia de dos contratos, se debe abordar el problema de la legitimación del usuario analizando dos supuestos: La facultad para resolver el contrato de compraventa en calidad de subrogado de la empresa de leasing o en virtud de la acción directa en su caso; y la facultad para resolver el contrato de leasing propiamente dicho en calidad de parte. Ambos supuestos se analizarán por separado en los dos puntos siguientes.

41. 1. 1.- Resolución del contrato de compraventa.

Como se expuso con anterioridad, en la concepción bipartita la acción resolutoria del contrato de compraventa corresponde originariamente a la empresa de leasing, en calidad de parte del contrato.¹³⁵⁶ Sin embargo, se ha intentado legitimar al usuario para

GARCÍA SOLÉ, ob. cit. (*La subrogación...*), p. 1.060; GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*Leasing financiero mobiliario...*), p. 218; GUTIÉRREZ GILSANZ, ob. cit., p. 129-135.

¹³⁵⁴ STS de 3 de febrero de 2000 (RJ 2000/621); STS de 24 de mayo de 1999 (RJ 1999/3927); STS de 26 de febrero de 1996 (RJ 1996/1264), comentada favorablemente por CABANILLAS SÁNCHEZ, ob. cit. (*La resolución...*), p. 335.

¹³⁵⁵ Ver supra Nº 32 para la acción de cumplimiento e *infra* Nº 41 para la resolución.

¹³⁵⁶ Ver supra Nº 22.2.7.

demandar dicha resolución sobre la base de las técnicas propias de la mencionada concepción, lo que no resulta tarea fácil, habida cuenta de que en ella el usuario es un tercero respecto del contrato que se intenta resolver, lo que conlleva la necesidad de invocar argumentos lo suficientemente sólidos como para dejar sin efecto el principio de efecto relativo del contrato.

En España se ha intentado fundamentar tal legitimación en la cláusula de subrogación. Sin embargo, ya se ha observado que los argumentos invocados para dicho efecto son sumamente débiles o incluso inexistentes, sin que ni siquiera haya un sustento firme en caso de seguirse la tesis más amplia respecto de los efectos de la subrogación, que los asimila a los efectos de la cesión de crédito, terrenos en los que se ha discutido arduamente si el subrogado/cesionario (en nuestro caso el usuario) queda o no facultado para demandar la resolución del contrato del que emana el crédito cedido.¹³⁵⁷ Asimismo, se ha intentado fundamentar la legitimación del usuario sobre la base de la acción directa derivada de la conexión contractual.¹³⁵⁸ Sin embargo, esta solución choca con el carácter sumamente discutible de las acciones directas no reconocidas por la ley.¹³⁵⁹

La solución debería ser más sencilla en los ordenamientos que regulan el leasing financiero porque si el principio de efecto relativo tiene rango legal, puede ser objeto de una excepción mediante otra disposición legal, como la acción directa. Sin embargo, ello dependerá del criterio del legislador, que puede optar por conceder esta posibilidad al usuario, negársela, o simplemente no pronunciarse.¹³⁶⁰ Todos los supuestos referidos pueden encontrarse en los cuerpos normativos analizados.

¹³⁵⁷ *Idem.*

¹³⁵⁸ GARCÍA SOLÉ, ob. cit. (*Leasing. Acción directa...*), p. 540 y 542; LÓPEZ FRÍAS, ob. cit. (*Los contratos conexos...*), p. 123-127, aunque en p. 313 no se atreve a afirmar que con carácter general la acción resolutoria esté incluida en el contenido de la acción directa derivada de la conexión contractual.

¹³⁵⁹ Ver *supra* Nº 15.3. Ver también LÓPEZ FRÍAS, ob. cit. (*Los contratos conexos...*), p. 123, quien reconoce que “el ejercicio de la acción resolutoria por el usuario es aún más problemático que la resolución por subrogación. Esta afirmación parte de una base sencilla: si se ha puesto alguna objeción a la legitimación del usuario para resolver la venta cuando aquél ejercita los derechos del comprador, muchas más podrán ponerse si dicho usuario pretende actuar en base a un derecho propio, no habiendo celebrado el contrato a impugnar. O lo que es lo mismo: el gran inconveniente para admitir la resolución directa es, una vez más, el principio de la eficacia relativa de los contratos.”

¹³⁶⁰ En caso de que el texto regulador del leasing financiero no se pronuncie, creo que se debería preferir la alternativa de negar la legitimación al usuario, ya que las excepciones a un principio general consagrado positivamente (como es el de efecto relativo del contrato) deben ser

Por una parte están los textos que facultan al usuario para resolver el contrato de compraventa. En este grupo se encuentran el UCC y el ACM, cuyas acciones directas no legitiman explícitamente al usuario para dicho fin, aunque se puede colegir esta legitimación del mismo texto. Así, la sección 2A-209 UCC no contempla de forma expresa esta facultad a favor del usuario, pero señala que *“el arrendatario queda sometido a las condiciones de las garantías y del contrato de suministro, y a todas las acciones y excepciones que deriven del mismo”* (el subrayado es mío). Ello permite al usuario dirigirse contra el proveedor ejercitando los mismos remedios que podría ejercitar la empresa de leasing en virtud del art. 2 relativo a la compraventa,¹³⁶¹ donde la sección 2-711(1) contempla la facultad de resolver (*cancel*) el contrato.¹³⁶² El mismo criterio es seguido en el art. 576-2.3, donde se dispone que *“las obligaciones del proveedor del activo objeto del arrendamiento y las consecuencias que se deriven de su incumplimiento, anteriores o posteriores a su entrega, serán exigibles por el arrendatario como si éste fuera parte del contrato de adquisición”* (el subrayado es mío).

Por otra parte está el art. 10.2 CUAFL, que niega al usuario la acción resolutoria del contrato de compraventa, reservando esta facultad a la empresa de leasing.¹³⁶³

Por último está la LMUL, que no se pronuncia sobre el punto. En efecto, el art. 7.1 sólo faculta al usuario para *invocar* *“las obligaciones del proveedor derivadas del contrato de suministro (...) como si él mismo hubiera sido parte de ese contrato”*, lo que puede comprender las acciones de cumplimiento, de saneamiento y de resarcimiento de daños y perjuicios, ya que con ellas el usuario no hace más que exigir al proveedor que cumpla obligaciones que legal o contractualmente tiene con la empresa de leasing. Pero no se colige de la norma que el usuario pueda ejercitar un remedio que, lejos de *invocar* las obligaciones del proveedor, pretende dejar sin efecto el contrato de donde emanan dichas obligaciones, contrato en el que, por lo demás, el usuario no es parte. No obstante, la legitimación del

interpretadas de forma restrictiva. Ello a menos que existan otros elementos en el mismo texto o en otras normas del mismo ordenamiento que permitan llegar a la conclusión contraria.

¹³⁶¹ Ver *supra* N° 24.2.4.

¹³⁶² Ver LAWRENCE CRAWFORD ASS'N FOR EXCEPTIONAL CITIZENS v. CONVERSOURCE, INC., Appellate Court of Illinois, Fifth District, 15 de agosto de 2012, caso en que la Corte accedió a la resolución del contrato de compraventa por falta de entrega.

¹³⁶³ Ver *supra* N° 24.3.2 y 22.2.7. En esta posición también se encuentra la tesis italiana del mandato sin representación, analizada *supra* N° 10.3.2.

usuario podría desprenderse del art. 14, que le permite “*ejercer las demás acciones a que tenga derecho conforme a la ley*”, referencia que debe entenderse hecha a las acciones contempladas en la ley del Estado que incorpore la ley modelo.¹³⁶⁴ De esta manera, si las normas de dicho ordenamiento facultan al comprador (cuya posición toma el usuario) para resolver el contrato de compraventa en el supuesto de incumplimiento respectivo, podría concluirse que el usuario adquiere esta facultad. Sin embargo, para arribar a esta conclusión se requiere complementar las normas de la ley modelo con aquellas del ordenamiento que la incorpore.

De todo lo dicho puede concluirse que en el marco de la concepción bipartita existen criterios disímiles en el punto que se analiza. En los ordenamientos que no regulan la operación, como el español, resulta sumamente discutible la legitimidad del usuario para resolver un contrato respecto del que es un tercero. Por su parte, en los ordenamientos que sí regulan el leasing financiero la legitimación del usuario para dicho fin requiere de reconocimiento expreso (por hacer excepción a un principio de consagración legal), que en caso de no producirse de forma clara deja al usuario en una situación incluso peor que en los ordenamientos que no regulan el leasing financiero.¹³⁶⁵

Aparte de la dudosa legitimación del usuario, en la concepción bipartita se suma un problema adicional, que es el carácter disponible de la acción resolutoria. Las opiniones que se han formulado en el ordenamiento español suelen partir de la base de que el único problema que debe superar el usuario es el de su legitimación. Sin embargo, ello no es así, ya que aun cuando se llegase a concluir que la subrogación permite al usuario demandar la resolución del contrato de compraventa, puede encontrarse con que en definitiva está privado del derecho que creía tener debido a que la empresa de leasing renunció a la acción resolutoria en el contrato de compraventa, o bien limitó su ejercicio, eliminación o

¹³⁶⁴ UNIDROIT, ob. cit. (*Official commentary*), N° 67.

¹³⁶⁵ Cabe observar que en los ordenamientos que no regulan el leasing financiero el juez tendrá más flexibilidad para argumentar a favor de la legitimación del usuario contra el proveedor. Sin embargo, cuando se enfrenta a un texto que sí regula la operación, pero que establece una acción directa redactada en forma poco clara, se reduce ese margen de flexibilidad, ya que debe dar prioridad a ese texto como fuente de la solución antes que acudir a normas de Derecho común o a principios generales.

limitación que por medio de la subrogación se extiende al usuario.¹³⁶⁶ Este es un problema derivado de concebir la operación como compuesta por dos contratos separados negociados de forma independiente, y que se agrava al extremo si el usuario no tiene acceso al contrato de compraventa, lo que una vez más viene a poner en evidencia la escasa protección de esta parte de la operación, como ya tuve ocasión de exponer.¹³⁶⁷

Por último, es necesario recordar que si se logran superar los obstáculos para legitimar al usuario contra el proveedor en virtud de la cláusula de subrogación, por efecto de ésta la empresa de leasing quedará desprovista de legitimación resolutoria.¹³⁶⁸

41. 1. 2.- Resolución del contrato de leasing propiamente dicho.

Como ya se ha hecho presente, en la concepción bipartita se considera que la empresa de leasing asume frente al usuario las obligaciones de adquirir el bien, ceder su uso, entregar el bien (aunque materialmente lo haga el proveedor) y garantizar el saneamiento de la evicción (aunque esta obligación ha sido discutida).¹³⁶⁹ Sin embargo, es frecuente que en los contratos de leasing ni siquiera se mencione la posibilidad de incumplimiento de parte de la empresa de leasing,¹³⁷⁰ o bien se declare que ésta ha cumplido todas sus obligaciones al momento de suscribirse el contrato, salvo la obligación de transferir el dominio del bien en el caso de ejercicio de la opción de compra.¹³⁷¹ Sobre la

¹³⁶⁶ Son aplicables aquí los comentarios expuestos *supra* N° 40.2 (letra D) respecto de la renuncia o limitación contenida en el contrato de compraventa respecto de las acciones de saneamiento. En resumen, el proveedor podrá negar al usuario subrogado los remedios que podría haber negado a la empresa de leasing, ya que no puede quedar frente al subrogado en una posición peor a la que se encontraba frente al acreedor directo, conclusión que también puede desprenderse de la regulación de los textos analizados.

¹³⁶⁷ Ver *supra* N° 22.2.9.

¹³⁶⁸ Ver *supra* N° 22.2.8. Este efecto es aun más claro si se sigue la tesis amplia de la subrogación, como parece hacerlo la doctrina y la jurisprudencia dominantes.

¹³⁶⁹ Ver *supra* N° 28.1.3 y 28.3.1.

¹³⁷⁰ Ver modelo de contrato de leasing financiero del Banco Santander y de Toyota Financial Services. Ello también es observado por FRADEJAS RUEDA, ob. cit., p. 256 y GUTIÉRREZ GILSANZ, ob. cit., p. 53 en su estudio de formularios de leasing financiero.

¹³⁷¹ Ver cláusulas de estas características en STS de 24 de mayo de 1999 (RJ 1999/3927) y SAP de Murcia de 19 de octubre de 1994 (AC 1994/1813). Ver también FRADEJAS RUEDA, ob. cit., p. 256 y GUTIÉRREZ GILSANZ, ob. cit., p. 53-54, que observan esta cláusula tras el estudio de varios formularios de contratos leasing. GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*En torno...*), p. 1.776, señala que una cláusula de estas características puede dar lugar a abusos por parte de la empresa de leasing,

base de lo anterior, o no se menciona la posibilidad de que el usuario pueda resolver el contrato,¹³⁷² o se contempla en casos muy reducidos,¹³⁷³ o bien se excluye derechamente esta facultad incluyendo, en cambio, la cláusula de irrevocabilidad e independencia.¹³⁷⁴

No obstante esta práctica, la doctrina y la jurisprudencia han estimado que el usuario sí estaría legitimado para demandar la resolución cuando la empresa de leasing incumpla alguna de las obligaciones que le caben de acuerdo a la concepción bipartita,¹³⁷⁵ al menos en los siguientes casos:

sobre todo en los casos en que el bien se entregue después de la suscripción del contrato, ya que impide al usuario no sólo hacer efectiva la responsabilidad de la empresa de leasing, sino que también exigir el cumplimiento o la resolución del contrato de leasing. En este mismo sentido, la STS de 13 de noviembre de 1995 (RJ 1995/8601) confirmó la declaración de nulidad de una cláusula como la mencionada, por provocar una alteración del *onus probandi* (el problema fue que la declaración de nulidad se pronunció por infracción de las normas de la ley del consumidor, cuya aplicación es muy discutible al caso). MARTÍNEZ MARTÍN, ob. cit., p. 601-602 comentando dicha sentencia concluye que la cláusula comentada es, por regla general, abusiva.

¹³⁷² Así sucede, por ejemplo, en el modelo de contrato de leasing financiero de Toyota Financial Services.

¹³⁷³ Ver al efecto la condición general N° 7 del modelo de contrato de leasing financiero de AELR, donde sólo se contempla esta facultad para el incumplimiento de las obligaciones de mantener al arrendatario en el goce pacífico del bien y de saneamiento de la evicción, pero siempre que “la perturbación del goce pacífico de los bienes fuese insubsanable e irreversible”.

¹³⁷⁴ Ver la cláusula 1.2 del modelo de contrato de leasing financiero del Banco Santander, donde luego de la cláusula de exoneración se dice que “en consecuencia no podrá el Usuario, incumplir, diferir o reducir sus obligaciones de pago, o intentar la resolución de este contrato, ni reclamar daños y perjuicios frente al Arrendador Financiero, basándose en las causas anteriormente mencionadas”; la cláusula transcrita en STSJ de Navarra de 22 de mayo de 1992 (RJ 1992/6198), donde a continuación de la cláusula de exoneración se estipula que “el cliente no podrá pretender disminución en el precio, ni solicitar indemnización alguna, ni resolver el contrato por no poder utilizar el material, sea cualquiera la causa a que tal falta obedezca”; SAT de Valencia de 2 de diciembre de 1986 (RAJ 1986/7157), en cuyo caso había en el contrato una cláusula redactada en los mismos términos que la anteriormente transcrita, frente a la que el Tribunal estimó que “una cláusula de esta naturaleza no es leonina, no es contraria a la ley ni a la moral, ni al orden público, y ni siquiera va en contra de lo dispuesto en el art. 1124.1 CC. Su legalidad se desprende: a) De que L., S.A., no es libre a la hora de elegir el bien que compra para arrendar, sino que ha de comprar el bien concreto elegido por el cliente; b) De que la función económica del contrato es de financiamiento de bienes de equipo que están fuera de la capacidad de compra del cliente, pero no de asesoramiento técnico ni de control de la calidad del bien que se compra, y c) De que la compañía de leasing subroga en todas sus acciones frente al vendedor al arrendatario. Este, ante el mal funcionamiento del bien, del miniordenador en este caso, no queda indefenso; siempre existe alguien que debe responder, y ese alguien es el fabricante vendedor.” Para Estados Unidos, ver la cláusula transcrita en FIELDTECH AVIONICS & INSTRUMENTS, INC. v. COMPONENT CONTROL COM., INC., Court of Appeals of Texas, Second District, Fort Worth, 7 de agosto de 2008. Para Italia, ver la cláusula transcrita en CAPPIELLO, ob. cit., p. 650.

¹³⁷⁵ En este sentido, GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*Leasing financiero mobiliario...*), p. 185 y GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*En torno...*), p. 1.778 destaca que por medio de la cláusula de

A) Cuando la empresa de leasing no celebra el contrato de compraventa por causas que le sean imputables.¹³⁷⁶

B) Cuando por haber incumplido la empresa de leasing su obligación de pagar el precio de la compraventa, se resuelve este contrato a instancias del proveedor.¹³⁷⁷

C) Cuando la empresa de leasing no cumple las instrucciones dadas por el usuario en cuanto a las características del bien, o compra el bien a un proveedor distinto del señalado por el usuario.¹³⁷⁸

D) Para los seguidores de la tesis arrendaticia, cuando el bien se destruya por caso fortuito.¹³⁷⁹

E) En caso de evicción, si así se pacta en el contrato.¹³⁸⁰

exoneración el usuario renuncia a exigir la responsabilidad del financiador o a demandar la resolución del contrato de leasing por incumplimiento o cumplimiento defectuoso del contrato de compraventa, pero ello no implica que no pueda exigir el cumplimiento o la resolución del contrato de leasing de acuerdo con sus términos.

¹³⁷⁶ GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*Leasing financiero mobiliario...*), p. 208; GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*En torno...*), p. 1.780; MARTÍNEZ MARTÍN, ob. cit., p. 601. En contra, ROJO AJURIA (ob. cit. [*Leasing mobiliario*], p. 251), para quien, en caso de incumplimiento de la obligación de comprar el bien, el usuario ni siquiera podría pedir el cumplimiento forzoso del contrato, sino que sólo indemnización de perjuicios, ya sea por culpa *in contrahendo*, o por incumplimiento contractual.

¹³⁷⁷ GONZÁLEZ CASTILLA (ob. cit. (*Leasing financiero mobiliario...*), p. 185-186; LÓPEZ FRÍAS, ob. cit. (*Los contratos conexos...*), p. 141-142; EUREKA BROADBAND CORP. v. WENTWORTH LEASING CORP., United States Court of Appeals for the First Circuit, 7 de marzo de 2005, caso en que la Corte accedió a la resolución (*cancellation*) del contrato de leasing en un caso en que la empresa de leasing no pagó el precio de la compraventa al proveedor, fundando su decisión en la existencia de fraude (la empresa de leasing celebró el contrato bajo la falsa promesa de comprar el bien) y aplicando, en consecuencia, la sección 2A-505(4), según la que en caso de fraude se aplican los mismos remedios que en caso de incumplimiento, que conduce a la resolución fundada en la sección 2A-508(1)(a). En este mismo sentido, BRESLAUER, ob. cit., p. 329, Nota N° 56 recuerda que el incumplimiento de la obligación de pagar el precio por parte del concedente es una causal de ineficacia de la cláusula *hell or high water* por incumplimiento de la garantía establecida en la sección 2A-211(1).

¹³⁷⁸ GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*Leasing financiero mobiliario...*), p. 186, para quien la cláusula de exoneración debe entenderse enmarcada en el perfecto cumplimiento del mandato que subyace en el contrato de leasing, lo que supone que la empresa de leasing no puede excluir su responsabilidad si se aparta de las instrucciones recibidas; MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, ob. cit., p. 226 y 228, Nota N° 39.

¹³⁷⁹ CABANILLAS SÁNCHEZ, ob. cit. (*La naturaleza...*), p. 105-106, con referencia al art. 1.468 CC, norma que, a su vez, reconduce al art. 1.124; DE PRADA GONZÁLEZ, ob. cit., p. 667.

¹³⁸⁰ Ver en este sentido la condición general N° 7 del modelo de contrato de arrendamiento financiero de AELR, donde se pacta que “*incumbe al arrendador financiero la obligación de mantener al*

F) También pueden citarse aquí los casos en que el usuario quede facultado para ejercitar la acción redhibitoria respecto del contrato de leasing propiamente dicho, por producir dicha acción efectos análogos a los de la resolutoria.¹³⁸¹

G) Mucho más discutido en el Derecho español ha sido el supuesto de falta de entrega, habiendo opiniones en varios sentidos. Por una parte, están quienes se han manifestado a favor de la resolución del contrato de leasing por falta de entrega, sobre la base de diversos argumentos y a partir de las más variadas tesis acerca de la naturaleza jurídica del contrato.¹³⁸² Por otra parte están quienes estiman que en el caso comentado el

arrendatario en el goce pacífico de los bienes por todo el tiempo del contrato y la de saneamiento en caso de evicción. En caso de incumplimiento de estas obligaciones podrá el arrendatario financiero ejercitar las acciones que procedan contra el arrendador financiero, incluso la de resolución del contrato si la perturbación del goce pacífico de los bienes fuese insubsanable e irreversible. No responde el arrendador financiero de las perturbaciones de mero hecho debidas a actos de terceros, contra los que el arrendatario financiero podrá ejercitar cuantas acciones incumben al poseedor inmediato y legítimo de los bienes para impedir o evitar dichas perturbaciones". Ver también supra N° 39.

¹³⁸¹ Ver *supra* N° 40.2.

¹³⁸² Ver en este sentido la doctrina y la jurisprudencia citada *supra* N° 22.1.3 respecto de la ilicitud de la cláusula de exoneración por falta de entrega. Sin perjuicio de ello, se han pronunciado expresamente a favor de la resolución del contrato de leasing por este motivo CABANILLAS SÁNCHEZ, ob. cit. (*La naturaleza...*), p. 64 y 92, adscribiendo a la tesis del arrendamiento, señala que una cláusula que impida al usuario demandar la resolución tanto del contrato de compraventa como el de leasing es abusiva, va contra el art. 1.556 del Código Civil y sólo responde a una imposición de la parte económicamente más débil, por lo que debe legitimársele para demandar la resolución del contrato de leasing; CABANILLAS SÁNCHEZ, ob. cit. (*La configuración ...*), p. 1003-1.006, en este caso adhiriendo a la tesis de la *fiducia cum creditore*, afirma que según la disposición adicional séptima de la ley 26/1988 (hoy disposición adicional tercera de la ley 10/2014) el objeto exclusivo del contrato de leasing financiero es la cesión del uso del bien, obligación que recae sobre la empresa de leasing, no obstante que la entrega material del bien se efectúa por el proveedor, aunque por encargo de dicha empresa; GONZÁLEZ VÁSQUEZ, ob. cit., p. 1.309 y 1.316, a partir de la tesis del negocio de financiación atípico, fundado en el incumplimiento (no explicita de quién) y en la falta de causa; MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, ob. cit., p. 226, también sobre la base de la tesis del negocio de financiación atípico. En cuanto a la jurisprudencia, ver la STS de 25 de enero de 2001 (RJ 2001/1001), que frente a la entrega del bien sin la documentación se declaró la *nulidad* del contrato de leasing financiero por falta de objeto, con comentario en contra de esta calificación por parte de GARCÍA GARNICA, ob. cit., (*Comentario...*), p. 785-788, quien estima, con razón, que se debió declarar la resolución del contrato; STS de 3 de febrero de 2000 (RJ 2000/621), con comentario de GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*Leasing financiero mobiliario...*), p. 188 quien, a pesar de no estar de acuerdo en todos los casos con la resolución del contrato de leasing por falta de entrega, estima que en el caso específico sí podía declararse la resolución, ya que de la cláusula de exoneración se desprendía que era la empresa de leasing quien estaba asumiendo la obligación de entrega (la cláusula sólo exoneraba de "*toda responsabilidad por las condiciones, funcionamiento e idoneidad de los bienes*"). Una posición particular sostiene DE PRADA GONZÁLEZ, ob. cit., p. 660-661 y 663, quien, a pesar de seguir aparentemente la tesis unitaria, califica el contrato de leasing propiamente dicho como un arrendamiento, estimando dudoso que la empresa de leasing pueda subrogar al usuario para demandar la resolución del contrato de compraventa por falta de entrega, proponiendo como

usuario queda legitimado para demandar la resolución del contrato de compraventa como subrogado de la empresa de leasing.¹³⁸³ También hay quienes conciben uno u otro tipo de legitimación en función de factores como la imputabilidad de la falta de entrega¹³⁸⁴ o la presencia (o ausencia) de exoneración expresa por la falta de entrega.¹³⁸⁵

H) Por último, y como solución a los problemas derivados de la técnica de la exoneración/subrogación, se ha propuesto que en los casos en que se niegue al usuario la legitimación para demandar la resolución de la compraventa (es decir, cuando la subrogación no sea completa), se le permita demandar la resolución del contrato de

solución que el usuario “se dirija a” la empresa de leasing quien como adquirente del bien deberá demandar la resolución del contrato de compraventa.

¹³⁸³ RODRÍGUEZ-ROVIRA, ob. cit., p. 1.181, quien justifica la solución en que fue el proveedor quien incumplió la obligación de entrega emanada del contrato de compraventa; SÁNCHEZ-PARODI PASCUA, ob. cit., p. 193-194; SAP de Santa Cruz de Tenerife de 26 de septiembre de 1992.

¹³⁸⁴ GARCÍA GARNICA, ob. cit., (Comentario...), p. 794-796, quien estima que el usuario debe estar legitimado contra el proveedor o contra la empresa de leasing en función de si la falta de entrega es imputable a uno y a otro, aunque concluye su comentario expresando que “a falta de previsión expresa, la admisión de la legitimación del usuario frente a la entidad financiera para resolver el contrato de leasing financiero por falta de entrega de los bienes, a pesar de que no haya sido imputable a la misma también cuenta con importantes apoyos jurídicos. Pues aunque resultaría forzado basarla en el incumplimiento contractual propiamente dicho (por las razones expuestas), sí cabe sustentarla en la frustración del fin práctico del contrato y la consiguiente destrucción de la equivalencia de las prestaciones que ello entraña”. En GARCÍA GARNICA, ob. cit. (*El régimen jurídico...*), p. 197-199 reitera la distinción a que se ha hecho referencia.

¹³⁸⁵ LÓPEZ FRÍAS, ob. cit. (*Los contratos conexos...*), p. 119-128 distingue los siguientes supuestos: A) Si la empresa de leasing se exoneró por la falta de entrega, la cláusula es válida con los conocidos límites de la ausencia de dolo y necesidad de subrogación. Ahora bien, si en la cláusula de subrogación se cedió expresamente la acción resolutoria, el usuario podría resolver el contrato de compraventa; y si no se cedió expresamente la acción resolutoria, debe entenderse cedida en virtud del art. 1.286 CC. B) Si la empresa de leasing no se exoneró por la falta de entrega, el usuario no queda obligado a pagar las cuotas de leasing y puede resolver el contrato de leasing. De forma similar, GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*Leasing financiero mobiliario...*), p. 187-190 y 212-217 estima que si la exoneración no se pacta expresamente para la falta de entrega, no cabe presumirla, pudiendo el usuario demandar la resolución del contrato de leasing por incumplimiento de la obligación de entrega y quiebre de la equivalencia de las prestaciones; mientras que si se pacta expresamente la exoneración de la empresa de leasing por falta de entrega, el pacto es lícito pero tendría efectos limitados: sólo excluiría la responsabilidad contractual de la empresa de leasing respecto del usuario, pero al mismo tiempo legitimaría a dicha empresa para exigir al usuario la indemnización del daño derivado de la frustración de la operación (ganancia dejada de percibir y los gastos de gestión). Otro efecto sería que, por no haberse producido la entrega, no se devenga ni la obligación del usuario de pagar las cuotas ni la obligación de la empresa de leasing de pagar el precio al proveedor (si lo hace, será a su riesgo y cuenta, sin que pueda fundarse en ello para pedir al usuario el reembolso de la suma pagada).

leasing (es decir, limitar la exoneración).¹³⁸⁶ Ello ocurriría, por ejemplo, cuando en el contrato de leasing se excluya expresamente la acción resolutoria de entre las transferidas al usuario, o se establezca que debe ejercitarse conjuntamente por el usuario y la empresa de leasing, o por el usuario con el consentimiento de dicha empresa, o cuando la empresa de leasing haya liberado o aligerado la responsabilidad del proveedor por vicios en el contrato de compraventa,¹³⁸⁷ o cuando se haya pactado exoneración sin subrogación.¹³⁸⁸

Asimismo, en los textos de Derecho comparado y uniforme analizados se contemplan casos en que el usuario queda facultado para demandar la resolución del contrato de leasing. Las regulaciones son, sin embargo, disímiles.

En el ámbito del UCC, en virtud del principio de irrevocabilidad e independencia el usuario no puede demandar la resolución del contrato de leasing una vez aceptado el bien. Sin embargo, se contemplan los siguientes casos en que sí podría hacerlo: **A)** Cuando cuente con el consentimiento de la empresa de leasing.¹³⁸⁹ En este caso ciertamente no se tratará de una resolución, sino más bien de un mutuo disenso. Sin embargo, este consentimiento mutuo de legitimación resolutoria puede darse cuando las partes hayan pactado causales específicas de resolución no contempladas en el art. 2A.¹³⁹⁰ **B)** Cuando el usuario no acepta el bien, ya que la irrevocabilidad e independencia rige desde la aceptación.¹³⁹¹ **C)** Cuando el usuario revoque válidamente su aceptación.¹³⁹²

¹³⁸⁶ En este sentido, GARCÍA GARNICA, ob. cit. (*El régimen jurídico...*), p. 204; GARCÍA GARNICA, ob. cit., (*Comentario...*), p. 792; GUTIÉRREZ GILSANZ, ob. cit., p. 159-162; ROJO AJURIA, ob. cit. (*La responsabilidad...*), p. 2.031.

¹³⁸⁷ GUTIÉRREZ GILSANZ, ob. cit., p. 159-162.

¹³⁸⁸ GUTIÉRREZ GILSANZ, ob. cit., p. 159-162; LÓPEZ FRÍAS, ob. cit. (*Los contratos conexos...*), p. 127-128, para el caso de falta de entrega; MARÍN LÓPEZ, ob. cit. (*Comentario a la STS de 24 de mayo de 1999*), p. 1.148 y 1.150; MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, ob. cit., p. 228, sin referencia explícita a la resolución. Por su parte, MARTÍNEZ MARTÍN, ob. cit., p. 601-602 estima que este supuesto debe dar lugar a la anulación de la cláusula, por abusiva y dejar al usuario en una situación de indefensión.

¹³⁸⁹ Sección 2A-407(2)(b).

¹³⁹⁰ Esta posibilidad está prevista en la sección 2A-508(3), que permite a las partes estipular supuestos de incumplimiento y los remedios correspondientes, disponiendo la misma norma que entre ellos puede incluirse la resolución del contrato de leasing. En referencia a lo anterior, HEERMANN, ob. cit., p. 320 observa que las partes podrían prever esta facultad en caso de incumplimientos no materiales del proveedor y que no legitimen para resolver el contrato de leasing en base a la sección 2A-508(1).

¹³⁹¹ Secciones 2A-508(1)(a) y 2A-407.

Por su parte, la CUAFL, cuyo art. 10.2 impide expresamente al usuario demandar la resolución del contrato de compraventa,¹³⁹³ le permite en el art. 12.1 pedir la resolución del contrato de leasing en caso de falta de entrega, entrega tardía y falta de conformidad.¹³⁹⁴

Art. 23.1(b) LMUL impide al usuario resolver el contrato de leasing una vez aceptado el bien, incluso en caso de incumplimiento esencial del proveedor o de la empresa de leasing,¹³⁹⁵ pero le faculta para ejercitar “*las acciones legales que se prevean en el contrato y en la ley*”, entre las que se encuentra la indemnización de daños y perjuicios contra el proveedor (art. 13.2(a)). Sin perjuicio de lo anterior, el art. 23.1(c) faculta al usuario para “*terminar*” el contrato de leasing en el supuesto de incumplimiento fundamental de la garantía de posesión pacífica por parte de la empresa de leasing.

Finalmente, el ACM no contempla expresamente la legitimación del usuario para resolver el contrato de leasing, pero podría entenderse que sí podría hacerlo cuando la empresa de leasing incumpla su obligación de asegurarle la pacífica posesión del bien (art. 576-3 letra a), y cuando incumpla la obligación de colaboración del art. 576-2.1 y 3.¹³⁹⁶

41. 2.- En la concepción unitaria.

La búsqueda de una solución al problema que es objeto de estudio (tutela del usuario en caso de incumplimiento del proveedor) debe partir de la base de que no se puede negar al usuario el derecho (renunciable, como casi todo derecho subjetivo) de desligarse de la operación en los casos en que vea frustradas sus expectativas económicas y no pueda obtener el provecho que pretendía. Ello se traduce en la necesidad de reconocerle la legitimación resolutoria, que en la concepción unitaria se fundamenta en su

¹³⁹² Los casos en que el usuario puede revocar válidamente la aceptación fueron mencionados *supra* N° 24.2.2.

¹³⁹³ Ver *supra* N° 41.1.1.

¹³⁹⁴ Esta norma fue objeto de análisis *supra* N° 24.3.3.

¹³⁹⁵ Según BEY, ob. cit., p. 619, el fundamento de esta norma estaría en el carácter financiero de la intervención de la empresa de leasing. Por su parte, BACKOVIC, ob. cit., p. 866 sugiere que al incorporar la norma se modifique en el sentido de permitir al usuario resolver el contrato de leasing antes de la aceptación cuando el retraso en la entrega se deba a la falta de celebración del contrato de compraventa por parte de la empresa de leasing en el tiempo estipulado.

¹³⁹⁶ Esta obligación fue objeto de comentario crítico *supra* N° 24.5.2.

calidad de parte del contrato que se intenta resolver,¹³⁹⁷ y no como tercero subrogado de la empresa de leasing. Ello deja sin efecto todos los problemas que causa la técnica de la subrogación, partiendo por su discutible aptitud para legitimar al usuario contra el proveedor.

Visto el asunto desde un punto de vista más amplio, estimo que debe reconocerse a cada una de las partes del contrato trilateral la legitimación resolutoria por el incumplimiento de las demás¹³⁹⁸ (solución contraria a la de la concepción bipartita¹³⁹⁹), así como la facultad de renunciar a dicha acción de forma independiente. De esta forma, la renuncia que pueda hacer la empresa de leasing sólo le afectará a ella, y no se “transmite” al usuario como sucede en la concepción bipartita,¹⁴⁰⁰ con lo que no se contempla el riesgo de que éste resulte privado de legitimación resolutoria contra el proveedor por un acto ajeno a su voluntad. La solución a este supuesto de renuncia unilateral de la empresa de leasing no pasa por otorgar al usuario la legitimación resolutoria del contrato de leasing en compensación por la imposibilidad de resolver el contrato de compraventa.¹⁴⁰¹ Muy por el contrario, la renuncia de la empresa de leasing no afecta al usuario, quien sólo resultará privado de la acción resolutoria cuando él renuncie a ella.

Establecido que el usuario tiene legitimación resolutoria a menos que él mismo renuncie a ella, debemos pasar al análisis de un segundo problema: qué es lo que el usuario puede resolver y con qué consecuencias para las otras dos partes.

Como se ha visto, en la concepción bipartita la fragmentación contractual hace necesario analizar por separado la legitimación del usuario para resolver cada uno de los contratos. Originariamente estará legitimado para resolver el contrato de leasing propiamente dicho, único en el que es parte.¹⁴⁰² El problema de esta solución es que deja

¹³⁹⁷ Ver *supra* N° 27.4.2, 27.4.4 y 27.5.2.

¹³⁹⁸ En similar sentido, ver PURCARO, ob. cit. (*La locazione...*), p. 175, quien estima que la legitimación del usuario no elimina la legitimación de la empresa de leasing para demandar la resolución por incumplimiento del proveedor.

¹³⁹⁹ Debe recordarse que la legitimación del usuario vía cláusula de subrogación elimina la legitimación de la empresa de leasing, según se expuso *supra* N° 22.2.8 y 41.1.1.

¹⁴⁰⁰ Ver *supra* N° 41.1.1. y 22.2.9.

¹⁴⁰¹ Esta es la forma de operar en la concepción bipartita, según se vio *supra* N° 41.1.2, letra H.

¹⁴⁰² Por lo demás, así se le reconoce en los casos mencionados *supra* N° 41.1.2.

vigente el otro contrato, de manera que cuando prospere la demanda resolutoria del usuario, la empresa de leasing se verá obligada a iniciar un segundo juicio contra el proveedor, en el que demande la resolución del contrato de compraventa¹⁴⁰³ (con el gasto privado y público que ello implica). Por ello, y debido al carácter financiero de la operación, es que las empresas de leasing tratan de limitar la legitimación del usuario para resolver el contrato de leasing cuando su insatisfacción provenga de un incumplimiento del proveedor, intento en el que no han tenido mucho éxito, como se ha visto en el caso de falta de entrega, donde igualmente se ha legitimado al usuario para resolver dicho contrato.

Si en los casos objeto de análisis se busca que el usuario se dirija contra el responsable del incumplimiento, debe analizarse la legitimación para resolver el contrato de compraventa. El problema que debe enfrentar el usuario en este supuesto es la debilidad de la legitimación por vía de subrogación. Una buena defensa por parte del proveedor (que deje en evidencia los inconvenientes dogmáticos para derogar por esta vía el efecto relativo del contrato), combinada con las cláusulas de exoneración y de irrevocabilidad e independencia, pueden dejar al usuario sin legitimación resolutoria en los dos contratos. Lo mismo sucede cuando la empresa de leasing haya renunciado a la acción resolutoria del contrato de compraventa (la falta de legitimación en este caso es también reconocida por las normas que consagran acciones directas legales del usuario contra el proveedor) o haya impuesto la cláusula de exoneración pero no la de subrogación. Por último, ello puede suceder también cuando la acción directa legal no legitima de forma expresa al usuario para resolver la compraventa. En todos estos casos la concepción bipartita reacciona legitimando al usuario para resolver el único contrato en que es parte, el de leasing, volviendo a generarse los inconvenientes ya mencionados.

Si se logra superar todos estos obstáculos y se llega a la conclusión de que es posible legitimar al usuario para resolver el contrato de compraventa, nos encontramos con que la extensión de la resolución es objeto de controversia, ya que se discute si

¹⁴⁰³ Ello pues la empresa de leasing buscará recuperar el precio de compraventa pagado al proveedor, así como la indemnización que eventualmente haya tenido que pagar al usuario, y, en su caso, restituir el bien del que no podrá sacar ningún provecho, por ser ajeno a su giro y porque probablemente no estará en buenas condiciones si es que el usuario demandó la resolución por motivos relacionados con el bien.

conlleve o no la resolución del contrato de leasing.¹⁴⁰⁴ Si se estima que se resuelve sólo el contrato de compraventa,¹⁴⁰⁵ volvemos a la situación de juicios sucesivos, ya que se deberán liquidar con posterioridad las prestaciones derivadas del contrato de leasing financiero propiamente dicho. Si, por el contrario, se estima que la resolución de la compraventa conlleva la resolución del contrato de leasing, se llegaría por fin a la situación que creo más apropiada, que es aquella en que frente a un incumplimiento que deja sin sentido la operación, se resuelven todas las relaciones jurídicas en un solo juicio y se producen los efectos restitutorios en un solo acto.

Visto el panorama a que se enfrenta el usuario en la concepción bipartita, creo que la solución al dilema de qué es lo que puede resolver el usuario debe conciliar el interés de las tres partes del contrato, sin que se solucione una sola faz del problema pero se dejen relaciones jurídicas en el aire. Por ello es que en casos de incumplimientos sustanciales del proveedor que frustren los intereses del usuario debe reconocérsele la legitimación resolutoria, pero no sólo de una de las relaciones jurídicas (como se admite en la concepción bipartita), sino de la operación en su conjunto, es decir, del contrato trilateral de leasing, lo que supone una situación de litis consorcio pasivo necesario, como se verá más adelante.¹⁴⁰⁶

Ello se deduce de los efectos propios de la resolución por incumplimiento del proveedor: al restituirse el precio, ya no habrá suma financiada que reembolsar, y al restituirse el bien se diluye el interés de su utilización por parte del usuario y la propiedad de la empresa de leasing. Asimismo, la resolución de la operación en su conjunto en los casos de incumplimiento del proveedor se desprende del carácter esencial de las obligaciones incumplidas para la normal ejecución del contrato unitario de leasing financiero.¹⁴⁰⁷ Ello resulta más claro si se analizan dichos supuestos de incumplimiento.

Como se vio anteriormente, en la estructura unitaria de la operación de leasing el proveedor asume obligaciones de cara a las otras dos partes. Frente al usuario asume en

¹⁴⁰⁴ Ver *infra* N° 43.

¹⁴⁰⁵ Así sucedió en la STS de 23 de abril de 1991 (RJ 1991/3021).

¹⁴⁰⁶ Ver *infra* N° 42.

¹⁴⁰⁷ Ver en este sentido el art. 1.459 CC italiano, donde se dispone que en los contratos plurilaterales “el incumplimiento de una de las partes no importa la resolución del contrato respecto de las demás, a menos que la prestación fallida deba considerarse esencial de acuerdo a las circunstancias”.

primer lugar las obligaciones emanadas del pacto previo, que se traducen en vender el bien elegido por el usuario a la empresa de leasing también elegida por el usuario en las condiciones acordadas. Pues bien, si el proveedor se niega a vender el bien no tendrá sentido la operación, debiendo legitimarse al usuario para resolverla. En este caso pueden darse básicamente dos supuestos: que el proveedor manifieste su negativa antes de que el usuario llegue a acuerdo con la empresa de leasing, en cuyo caso el usuario podrá ejercitar las acciones del art. 1.124 CC contra el proveedor por incumplimiento del pacto previo, que si se trata de la resolución se traducirá en la extinción del único contrato vigente hasta ese momento (el pacto previo); que el incumplimiento se verifique una vez que la empresa de leasing ha accedido a la solicitud de financiamiento del usuario, en cuyo caso éste debe quedar legitimado para demandar la resolución de toda la operación.¹⁴⁰⁸ Las distinciones y soluciones recién propuestas pueden ser aplicadas también al improbable supuesto de que el proveedor venda el bien a una empresa distinta de la elegida por el usuario. Por último, si el proveedor vende el bien a la empresa de leasing elegida por el usuario pero en condiciones distintas a las pactadas con éste (vende otro bien, otro modelo del mismo, o lo vende a precio distinto del acordado, etc.), el usuario debe quedar legitimado para resolver la operación en virtud del incumplimiento de las otras dos partes.

Una vez que la empresa de leasing acepta financiar la operación en los términos acordados entre usuario y proveedor, y se perfeccionan los actos que dan lugar al contrato trilateral de leasing, el proveedor asume frente al usuario las obligaciones que le corresponden como vendedor del bien, salvo la de transmitirle el dominio. De esta manera, en primer lugar, se obliga a entregar el bien al usuario en las condiciones

¹⁴⁰⁸ En este último caso también debe quedar legitimada la empresa de leasing, ya que la negativa a celebrar el contrato de compraventa implica también un incumplimiento frente a ella. Sin embargo, creo que se trata de una alternativa más bien teórica, ya que en esta etapa de la operación lo más probable es que la empresa de leasing carezca de interés en embarcarse en un juicio de resolución si ni siquiera ha celebrado el contrato de compraventa y menos ha pagado alguna suma al proveedor. Estimo que dicha empresa a lo sumo estará interesada en iniciar una acción de daños y perjuicios por los gastos en que haya podido incurrir hasta ese momento (costos de evaluación comercial y gestión, por ejemplo), contra el usuario, que es quien solicitó su intervención y asume el riesgo de incumplimiento del proveedor. En todo caso, ello podría verificarse en el improbable caso de que la suma que estimativamente pueda recuperar fuese sustancialmente mayor que los costos del juicio.

Sin perjuicio de lo anterior, no se debe descartar la hipótesis de que la falta de celebración del contrato de compraventa sea atribuible a la empresa de leasing, en cuyo caso estimo que el usuario debería quedar legitimado a resolver la operación en las mismas condiciones que en el caso de incumplimiento del proveedor.

acordadas en el pacto previo,¹⁴⁰⁹ obligación que tiene carácter esencial en el desenvolvimiento de la operación, sin cuya verificación no se producirán los efectos propios del leasing financiero,¹⁴¹⁰ lo que frustra todas las relaciones jurídicas a que éste da lugar.

El incumplimiento de esta obligación puede dar lugar a varios supuestos, que se analizarán a continuación.

Por una parte, puede producirse una falta total de entrega, que puede ser causada por varios motivos, todos los cuales redundan en la extinción de la operación. Así, puede deberse a una causa atribuible al proveedor, supuesto en que el usuario debe quedar legitimado para ejercitar los remedios de los arts. 329 CdeC y 1.124 CC y, en caso de optar por la resolución, ésta debe producirse respecto de la operación completa, debido al ya mencionado carácter esencial del incumplimiento para todas las relaciones jurídicas.¹⁴¹¹ También puede deberse a una causa imputable a la empresa de leasing (negativa a adquirir el bien, por ejemplo), caso en que el usuario debe quedar legitimado de la misma forma expuesta. Tampoco se debe descartar la posibilidad de que la entrega no se verifique a causa de la conducta del propio usuario, en cuyo caso el proveedor podría ejercitar los remedios del art. 332 CdeC, entre los que se encuentra la resolución. Por último, la falta de entrega puede deberse a una causa no atribuible al proveedor, como la pérdida o destrucción fortuita del bien, o haber llegado a ser legal o físicamente imposible la entrega, en cuyo caso se extinguirá la obligación del proveedor (arts. 1.182 y 1.184 CC), frustrándose la operación en su totalidad, debido al ya mencionado carácter esencial de la obligación extinguida.¹⁴¹² En todos estos casos la empresa de leasing no quedará obligada

¹⁴⁰⁹ Ver *supra* N° 28.1.3.

¹⁴¹⁰ Según se desprende de lo expuesto *supra* N° 28.1.3 y 28.2.4, el incumplimiento de la entrega (*rectius* puesta a disposición) por parte del proveedor impide al usuario aceptar el bien, de manera que no se producirán los efectos de la aceptación, constituidos por la exigibilidad de la obligación de pagar el precio por parte de la empresa de leasing, la exigibilidad de la obligación de pagar las cuotas por parte del usuario, el inicio del período de goce del bien y la irrevocabilidad e independencia de las obligaciones del usuario.

¹⁴¹¹ En el mismo sentido, GORGONI, ob. cit. (*Credito...*), p. 1.161; IMBRENDA, ob. cit. (*Il leasing...*), p. 110; IMBRENDA, ob. cit. (*Leasing...*), p. 111; PURCARO, ob. cit. (*La locazione...*), p. 170.

¹⁴¹² En el mismo sentido, PURCARO, ob. cit. (*La locazione...*), p. 127-128 y 171, pero en base al art. 1466 CC italiano, según el cual en los contratos plurilaterales la imposibilidad de la prestación de una parte no importa la terminación del contrato respecto de las demás, salvo que la prestación que falte deba considerarse esencial de acuerdo a las circunstancias.

a pagar el precio de la compraventa y el usuario no quedará obligado a pagar las cuotas que constituyen el reembolso del precio a la empresa de leasing, por no haber llegado a hacerse exigibles dichas obligaciones.¹⁴¹³ Lo anterior, unido a la asunción por parte del usuario del riesgo de incumplimiento del proveedor, hace muy improbable que la empresa de leasing esté dispuesta a ejercitar la acción resolutoria para la que también está legitimada.¹⁴¹⁴ Todo lo anteriormente expuesto puede ser aplicado a la entrega tardía, siempre que el retraso sea esencial y frustre el interés del usuario.

Por último en relación con la entrega, podría suceder que se entregue un bien no conforme al pacto previo y al contrato de compraventa que la empresa de leasing celebró con el proveedor fruto de su aceptación del pacto previo. En este caso el usuario puede rechazar el bien¹⁴¹⁵ y pedir la sustitución o la reparación, aunque ya se vio que los usuarios suelen demandar la resolución cuando estas gestiones no tienen éxito.¹⁴¹⁶ Tanto en este caso como en aquellos en que los defectos del bien se manifiesten durante la etapa de ejecución del contrato (después de la aceptación), el usuario podrá ejercitar la acción redhibitoria (que produce efectos análogos a la resolutoria),¹⁴¹⁷ siempre que no se haya renunciado al saneamiento, o bien ejercitar directamente la acción resolutoria,¹⁴¹⁸ ocasión

¹⁴¹³ Ver *supra* N° 28.2.4, donde se dijo que las obligaciones mencionadas se hacen exigibles con la aceptación del bien por parte del usuario, acreditada mediante el acta de entrega. En el mismo lugar se advirtió de la invalidez de las actas de entrega suscritas antes de la entrega, así como de las cláusulas por medio de las que el usuario declara recibir el bien al momento de suscribirse el contrato cuando ello no haya sucedido en la realidad.

¹⁴¹⁴ Vale aquí lo dicho en relación con la negativa del proveedor a celebrar el contrato de compraventa, en cuanto a que la empresa de leasing generalmente no estará interesada en demandar la resolución, por no haberse generado para ella mayores gastos, de forma que a lo sumo iniciará una acción de daños y perjuicios por los gastos en que haya podido incurrir hasta ese momento (costos de evaluación comercial y gestión, por ejemplo) en el improbable caso de que la suma que estimativamente pueda recuperar fuese sustancialmente mayor que los costos del juicio. En el mismo sentido, LÓPEZ FRÍAS, ob. cit. (*Los contratos conexos...*), p. 131 contempla la posibilidad de que la empresa de leasing demande la resolución del contrato de compraventa, aunque señala que será un supuesto poco frecuente, por no tener interés en ello.

¹⁴¹⁵ Ver *supra* N° 28.2.3.

¹⁴¹⁶ Ver *supra* N° 33 y 34.

¹⁴¹⁷ Ver *supra* N° 40.2.

¹⁴¹⁸ STS de 4 de diciembre de 1997 (RJ 1997/8728).

en la que a veces se recurre a la doctrina del *aliud pro alio*.¹⁴¹⁹ Nuevamente, en estos casos debe resolverse la operación en su plenitud, ya que la restitución del bien no conforme al proveedor deja sin sentido todas las relaciones jurídicas a que da lugar el contrato trilateral.

42.- LEGITIMACIÓN PASIVA.

Como se ha anticipado, en la concepción bipartita la fragmentación contractual permite al usuario demandar la resolución de cada uno de los contratos por separado,¹⁴²⁰ con lo que en definitiva hay dos legitimados pasivos en principio independientes, y en muchos casos sucesivos, ya que obtenida la resolución de una de las relaciones contractuales lo más probable es que se demande la resolución de la segunda, debido a que ninguna de ellas se entiende sin la otra.

No obstante lo anterior, con el tiempo se ha ido instalando la idea de que en aquellos casos en que el usuario demande la resolución del contrato de compraventa¹⁴²¹ en calidad de subrogado de la empresa de leasing, debe demandar también a esta última en virtud de la doctrina del litis consorcio pasivo necesario,^{1422 1423} lo que ha determinado el

¹⁴¹⁹ Ver *supra* N° 40.3.

¹⁴²⁰ Como se vio *supra* N° 41.1.2, en la concepción bipartita se permite al usuario demandar aisladamente la resolución del contrato de leasing propiamente dicho. También se ha permitido que el usuario obtenga la resolución del contrato de compraventa de forma aislada. Ver al efecto STS de 23 de abril de 1991 (RJ 1991/3021), caso en que la configuración de la relación procesal (que es el punto que entramos a analizar) no fue motivo de casación, por lo que al rechazarse este recurso quedó firme la resolución impugnada que había confirmado la declaración de resolución del contrato de compraventa demandada por el usuario en calidad de subrogado de la empresa de leasing. En el mismo sentido, ver STS de 26 de noviembre de 2003 (RJ 2003/8354), caso en que las sentencias de instancia dieron lugar a la demanda de resolución del contrato de compraventa, casándose la sentencia por motivos distintos a los aquí tratados.

¹⁴²¹ Se ha entendido que si el usuario demanda sólo la resolución del contrato de leasing no se presenta una situación de litis consorcio pasivo necesario del proveedor. En este sentido, GARCÍA GARNICA, ob. cit. (*Comentario...*), p. 798; GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*Leasing financiero mobiliario...*), p. 203; STS de 25 de enero de 2001 (RJ 2001/1001), aunque en el caso se declaró la nulidad del contrato, y no su resolución, el Tribunal supremo rechazó expresamente el motivo basado en el litis consorcio pasivo necesario del proveedor; STS de 3 de febrero de 2000 (RJ 2000/621), en cuyo caso la Audiencia Provincial absolvió de oficio al proveedor aduciendo falta de legitimación pasiva, situación que no fue discutida en casación.

¹⁴²² AGUILAR RUIZ, ob. cit., p. 175-176; BUITRAGO RUBIRA, ob. cit. (*El leasing mobiliario...*), p. 228; BUONOCORE, ob. cit., p. 278; CHAMORRO POSADA, ob. cit., p. 199; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, ob. cit., p. 319; GARCÍA GARNICA, ob. cit. (*El régimen jurídico...*), p. 202, Nota N° 44; GARCÍA GARNICA, ob. cit., (*Comentario...*), p. 797-798; GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*Leasing*

rechazo de la respectiva acción cuando sólo se demanda al proveedor,¹⁴²⁴ criterio que, en todo caso, no es unánime.¹⁴²⁵

Entre los fundamentos que en la concepción bipartita se han dado a favor del litis consorcio pasivo necesario de la empresa de leasing está la conexión entre el contrato de compraventa y el de leasing financiero,¹⁴²⁶ así como la necesidad de que ella sea procesalmente oída de cara a los efectos de la resolución del contrato de compraventa, entre los que se destacan a este respecto la subsecuente resolución del contrato de leasing

financiero mobiliario...), p. 202; GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*En torno...*), p. 1.782; GONZÁLEZ VÁSQUEZ, ob. cit., p. 1.300, 1.311 y 1.315; GUTIÉRREZ GILSANZ, ob. cit., p. 124; LÓPEZ FRÍAS, ob. cit. (*Los contratos conexos...*), p. 127 y 131; MARTÍN CASALS y RUDA GONZÁLEZ, ob. cit., p. 850, aunque in citar expresamente esta doctrina, apoyan el carácter defectuoso de la relación procesal cuando el usuario demanda sólo al proveedor; NARDI, ob. cit. p. 3; REAL PÉREZ, ob. cit. (*El leasing...*), p. 247-249; RODRÍGUEZ ROSALES, ob. cit., p. 468; RODRÍGUEZ-ROVIRA, ob. cit., p. 1.181.

¹⁴²³ Los aspectos generales del litis consorcio pasivo necesario fueron tratados *supra* N° 15.4.

¹⁴²⁴ STS de 25 de junio de 1997 (RJ 1997/5210); SAP de Jaén de 14 de diciembre de 1994 (AC 1994/2302); STSJ de Navarra de 22 de mayo de 1992 (RJ 1992/6198), que señala que el litis consorcio pasivo puede ser apreciado de oficio por el Tribunal; STS de 22 de abril de 1991 (RJ 1991/3017); STS de 26 de junio de 1989 (RJ 1989/4786). Resulta interesante agregar algunas precisiones contenidas en algunas sentencias del Tribunal Supremo. Así, en la STS de 25 de junio de 1997 (RJ 1997/5210) se absolvió al importador que había vendido el bien al proveedor, por ser “ajeno a la relación jurídica de leasing”, mientras que en la STS de 4 de diciembre de 1997 (RJ 1997/8728) se resolvió que el litis consorcio tampoco alcanza al fabricante del bien ni a la empresa que haya hecho transformaciones en éste a solicitud del usuario, sin perjuicio de que, en un juicio independiente, el proveedor pueda dirigirse contra ellos.

¹⁴²⁵ Ver STS de 26 de noviembre de 2003 (RJ 2003/8354) y STS de 23 de abril de 1991 (RJ 1991/3021), casos en que la configuración de la relación procesal no fue objeto de discusión, no obstante que en ambos casos el usuario demandó la resolución del contrato de compraventa en calidad de subrogado sin hacer comparecer a la empresa de leasing. Por su parte, PARRA LUCÁN, ob. cit. (*El leasing...*), p. XLVI entiende que la doctrina del litis consorcio pasivo necesario tiene fundamento cuando resuelta la compraventa, devuelto el precio al usuario y pagada a éste la respectiva indemnización, no haya pagado las cuotas de leasing. Si el usuario ha ido pagando las cuotas puntualmente, continúa la autora, la demanda a la empresa de leasing puede hacerle verse implicada en un proceso en el que no tenía interés y, además, verse obligada a satisfacer las costas.

¹⁴²⁶ CHAMORRO POSADA, ob. cit., p. 199; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, ob. cit., p. 319; GONZÁLEZ VÁSQUEZ, ob. cit., p. 1.315; SAP de Jaén de 14 de diciembre de 1994 (AC 1994/2302); STSJ de Navarra de 22 de mayo de 1992 (RJ 1992/6198); STS de 22 de abril de 1991 (RJ 1991/3017), donde se expresa que la interrelación entre ambos contratos hace que ellos se interfieran jurídicamente con trascendencia procesal. Fuera del ámbito del leasing financiero, ver también la STS de 15 de febrero de 2000 (RJ 2000/677). Debe recordarse, además, que el litis consorcio pasivo necesario ha sido proclamado (muy discutiblemente) como un efecto de general de la conexión contractual, según se expuso *supra* N° 15.4.

financiero¹⁴²⁷ y la restitución del bien al proveedor,¹⁴²⁸ la que, a su vez, implica privarle de la garantía real por incumplimiento del usuario,¹⁴²⁹ privar de contenido la triple opción otorgada al usuario,¹⁴³⁰ y en definitiva dejar sin contenido el contrato de leasing.¹⁴³¹

Desde el punto de vista de la tesis unitaria también se ha estimado la existencia de litis consorcio pasivo necesario en la demanda de resolución del usuario, sobre la base de argumentos similares a los expuestos, pero sobre todo en que los casos de incumplimiento del proveedor implican la resolución del contrato trilateral, es decir, de todas las relaciones jurídicas existentes entre las tres partes.¹⁴³²

A pesar de que, como se ha visto, la existencia de litis consorcio pasivo ha sido defendida tanto en la concepción bipartita como en la unitaria, se ha observado lo contradictorio que conceptualmente resulta en la primera que en la relación procesal figure como demandante quien ejerce una acción adquirida en virtud de la subrogación que en su favor ha hecho uno de los demandados,¹⁴³³ y que por medio de dicha acción se deje sin efecto el contrato que contenía la cláusula de subrogación que legitimó al

¹⁴²⁷ CHAMORRO POSADA, ob. cit., p. 199; GONZÁLEZ VÁSQUEZ, ob. cit., p. 1.311; GUTIÉRREZ GILSANZ, ob. cit., p. 125; STSJ de Navarra de 22 de mayo de 1992 (RJ 1992/6198). En similar sentido, SAP de Jaén de 14 de diciembre de 1994 (AC 1994/2302), que fundamenta el litis consorcio pasivo necesario de la empresa de leasing en que la resolución del contrato de compraventa “*dejaría sin contenido, o podría influir directamente en el contrato de leasing.*” Ver también SCCI de 12 de marzo de 2004 (5125) y SCCI de 26 de enero de 2000 (854), donde se justifica la intervención de la empresa de leasing en el riesgo de no seguir percibiendo las cuotas de leasing, derivado del cese del uso del bien, que sería la causa de la obligación correlativa de pago de las cuotas.

¹⁴²⁸ STSJ de Navarra de 22 de mayo de 1992 (RJ 1992/6198); STS de 22 de abril de 1991 (RJ 1991/3017).

¹⁴²⁹ SCCI de 12 de marzo de 2004 (5125); SCCI de 26 de enero de 2000 (854); SAP de Jaén de 14 de diciembre de 1994 (AC 1994/2302); STSJ de Navarra de 22 de mayo de 1992 (RJ 1992/6198).

¹⁴³⁰ GUTIÉRREZ GILSANZ, ob. cit., p. 125; STSJ de Navarra de 22 de mayo de 1992 (RJ 1992/6198).

¹⁴³¹ SAP de Jaén de 14 de diciembre de 1994 (AC 1994/2302).

¹⁴³² GORGONI, ob. cit. (*Sulla qualificazione...*), p. 481; PURCARO, ob. cit. (*La locazione...*), p. 79-81, 174, 175; STS de 25 de junio de 1997 (RJ 1997/5210); SCCI de 12 de marzo de 2004 (5125); SCCI de 26 de enero de 2000 (854); SCCI de 21 de enero de 1982 (397).

¹⁴³³ RODRÍGUEZ ROSALES, ob. cit., p. 468-469, quien propone como solución limitar la primera actuación procesal del usuario a comunicar a la empresa de leasing la existencia del juicio, a fin de que ésta adopte la postura que más le interese, actuando como coadyuvante de alguna de las partes principales, dada la imposibilidad de hacerlo en defensa de sus propios derechos, que fueron transferidos al usuario.

demandante (si por efecto de la resolución de la compraventa se resuelve el contrato de leasing).¹⁴³⁴ Además de estas contradicciones, cabe observar que en la concepción bipartita no resulta tan sencillo aplicar sin más la doctrina del litis consorcio pasivo necesario, ya que según se ha visto con anterioridad, dicha concepción sólo es compatible con la tesis amplia de esta última institución, mas no la restringida, que es la que suele seguir el Tribunal Supremo en esta materia, problema que no se presenta en la concepción unitaria, que es compatible tanto con la tesis amplia como con la tesis restringida del litis consorcio.¹⁴³⁵

De lo recién expuesto queda nuevamente en evidencia que las soluciones planteadas en la concepción bipartita, por más que resulten justificadas, suelen carecer de fundamento dogmático riguroso, circunstancia que no padece la concepción unitaria.

43.- EXTENSIÓN DE LA RESOLUCIÓN.

Como se ha dicho anteriormente, en el ámbito de la concepción bipartita se concibe la posibilidad de que el usuario demande la resolución de cada uno de los contratos por separado,¹⁴³⁶ lo que genera el problema de determinar si la resolución de uno de ellos se extiende al otro.

El supuesto que más ha generado debate en el seno de la concepción bipartita es aquel en que el usuario obtiene la resolución del contrato de compraventa, presentándose la duda de si ello provoca o no la resolución del contrato de leasing propiamente dicho.

Una posición sostiene que en este caso el contrato de leasing financiero permanece desplegando sus efectos hasta su extinción natural, y que el proveedor deberá restituir el precio al usuario, a fin de que éste destine dicho importe (junto con la eventual indemnización de perjuicios) a pagar a la empresa de leasing las cuotas pendientes.¹⁴³⁷

¹⁴³⁴ DÍAZ MUYOR, ob. cit., p. 400.

¹⁴³⁵ Ver *supra* N° 15.4.

¹⁴³⁶ Ver *supra* N° 41.1 y 42.

¹⁴³⁷ GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*En torno...*), p. 1.782 suscribe esta tesis para el caso en que el usuario demande sólo la resolución del contrato de compraventa, aclarando sin embargo que le convendrá demandar conjuntamente la resolución de ambos contratos; SÁNCHEZ-PARODI PASCUA, ob. cit., p. 206, refiriéndose a la acción redhibitoria. Así también lo dictaminaron las dos sentencias de instancia en el caso que dio lugar a la STS de 23 de abril de 1991 (RJ 1991/3021) y a la STS de 25 de junio de 1997 (RJ 1997/5210). En la primera se rechazó el recurso de casación, por lo que la resolución quedó firme, mientras que en la segunda se casó la sentencia de la Audiencia

En contra hay doctrina¹⁴³⁸ y jurisprudencia¹⁴³⁹ que ha sostenido que la resolución del contrato de compraventa trae como consecuencia la resolución del contrato de leasing financiero propiamente dicho, en base a los siguientes argumentos:

A) La conexión existente entre el contrato de compraventa y el de leasing financiero, ya que el segundo no puede concebirse sin la existencia del primero.¹⁴⁴⁰

B) La desaparición de las características inherentes al contrato de leasing financiero, por no disponer del bien, que en virtud de la resolución deberá ser restituido al proveedor.¹⁴⁴¹

Provincial en virtud de la doctrina del litis consorcio pasivo necesario. Por otra parte, y según exponen FRADEJAS RUEDA, ob. cit., p. 248 y GUTIÉRREZ GILSANZ, ob. cit., p. 197-199 en sus respectivos estudios de formularios de leasing, la solución que se comenta es adoptada por algunas empresas de leasing que en sus contratos. De hecho, ésta parece ser la intención de tales empresas cuando introducen cláusulas que impiden o limitan la resolución del contrato de leasing propiamente dicho, según se expuso *supra* N° 41.1.2.

¹⁴³⁸ BUITRAGO RUBIRA, ob. cit. (*El leasing mobiliario...*), p. 227; CABANILLAS SÁNCHEZ, ob. cit. (*La resolución...*), p. 336-340; DI FORTUNATO, ob. cit., p. 27 (nota 59); DÍAZ MUYOR, ob. cit., p. 405; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, ob. cit., p. 319; GARCÍA GARNICA, ob. cit. (*El régimen jurídico...*), p. 207-209; GARCÍA GARNICA, ob. cit. (*Comentario...*), p. 797-798; GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*Leasing financiero mobiliario...*), p. 201; GONZÁLEZ VÁSQUEZ, ob. cit., p. 1.316, aunque señala que es la regla general, pero no necesaria; GUTIÉRREZ GILSANZ, ob. cit., p. 202-205; LÓPEZ FRÍAS, ob. cit. (*Los contratos conexos...*), p. 136-141; MARÍN LÓPEZ, ob. cit. (*Comentario a la STS de 24 de mayo de 1999*), p. 1.151-1.153, aunque estima que más bien el usuario “queda autorizado” para resolver el contrato de leasing junto con el de compraventa; MARÍN LÓPEZ, ob. cit. (*Comentario a la STS de 26 de febrero de 1996*), p. 760-762; REAL PÉREZ, ob. cit. (*El incumplimiento...*), p. 416; ROJO AJURIA, ob. cit. (*Leasing mobiliario*), p. 257. Para Italia ver GASPARRO, ob. cit., p. 1.670; NARDI, ob. cit. p. 293.

¹⁴³⁹ SAP de Girona de 12 de marzo de 2010 (JUR 2010/176713); STS de 24 de mayo de 1999 (RJ 1999/3927); STS de 26 de febrero de 1996 (RJ 1996/1264); STSJ de Navarra de 22 de mayo de 1992 (RJ 1992/6198), aunque en términos no categóricos, sino más bien dejando constancia de la “orientación marcada por la jurisprudencia de otros países”, y a objeto de fundamentar la necesidad de la comparecencia de la empresa de leasing en la demanda de resolución del contrato de compraventa intentada por el usuario contra el proveedor.

¹⁴⁴⁰ BUITRAGO RUBIRA, ob. cit. (*El leasing mobiliario...*), p. 227; CABANILLAS SÁNCHEZ, ob. cit. (*La resolución...*), p. 339; DÍAZ MUYOR, ob. cit., p. 405; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, ob. cit., p. 319; GARCÍA GARNICA, ob. cit. (*El régimen jurídico...*), p. 207; GARCÍA GARNICA, ob. cit. (*Comentario...*), p. 797-798; GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*Leasing financiero mobiliario...*), p. 200; GUTIÉRREZ GILSANZ, ob. cit., p. 205; LÓPEZ FRÍAS, ob. cit. (*Los contratos conexos...*), p. 140; MARÍN LÓPEZ, ob. cit. (*Comentario a la STS de 24 de mayo de 1999*), p. 1.151; MARÍN LÓPEZ, ob. cit. (*Comentario a la STS de 26 de febrero de 1996*), p. 760-762; NARDI, ob. cit. p. 293; STS de 24 de mayo de 1999 (RJ 1999/3927); STS de 26 de febrero de 1996 (RJ 1996/1264). En Italia Ver DI FORTUNATO, ob. cit., p. 27, Nota N° 59, con fundamento en la aplicación analógica del art. 125 quinquies inc. 3 TUB; GASPARRO, ob. cit., p. 1.670; NARDI, ob. cit. p. 293.

C) La desaparición del elemento causal en el contrato de leasing financiero, ya que si el usuario no podrá utilizar el bien, su obligación queda sin causa, entendiendo que dicho elemento causal se requiere no sólo al momento de celebrar el contrato, sino que durante toda la existencia de la relación jurídica.¹⁴⁴² Como se expuso anteriormente, este

¹⁴⁴¹ BUITRAGO RUBIRA, ob. cit. (*El leasing mobiliario...*), p. 232; CABANILLAS SÁNCHEZ, ob. cit. (*La resolución...*), p. 338; DÍAZ MUYOR, ob. cit., p. 405, en base al incumplimiento de la empresa de leasing que esta situación implica para la tesis del arrendamiento; GARCÍA GARNICA, ob. cit. (*El régimen jurídico...*), p. 208-209; GARCÍA GARNICA, ob. cit., (*Comentario...*), p. 797, quien constata que por la restitución del bien al proveedor el contrato de leasing quedará privado de objeto; GONZÁLEZ VÁSQUEZ, ob. cit., p. 1.316, quien fundamenta la solución en la imposibilidad de cumplimiento del contrato de leasing; MARÍN LÓPEZ, ob. cit. (*Comentario a la STS de 24 de mayo de 1999*), p. 1.151; MARÍN LÓPEZ, ob. cit. (*Comentario a la STS de 26 de febrero de 1996*), p. 760 y 762. Por su parte, GARCÍA GARNICA (ob. cit. (*El régimen jurídico...*), p. 207), seguidora de la tesis de la naturaleza financiera del leasing, justifica la resolución del contrato de leasing por la singularidad de éste como contrato de financiación, que se articula a través de la entrega del bien financiado (y no de una suma de dinero), con una posición privilegiada de la empresa de leasing, que ostenta la propiedad del bien. Por ello es que GUTIÉRREZ GILSANZ (ob. cit., p. 203-204) aclara que la posición contraria desconoce que el leasing no es un mero préstamo de dinero, sino una financiación indirecta del uso del bien y la posibilidad de adquirirlo por parte del usuario, por lo que la tesis contraria se traduce en un menoscabo para el usuario por no poder usar el bien (aunque se pague su precio).

¹⁴⁴² BUITRAGO RUBIRA, ob. cit. (*El leasing mobiliario...*), p. 231; CABANILLAS SÁNCHEZ, ob. cit. (*La resolución...*), p. 338-339; DÍAZ MUYOR, ob. cit., p. 405-408; GARCÍA GARNICA, ob. cit. (*El régimen jurídico...*), p. 209, quien agrega que el contrato queda desprovisto, además, de objeto, ya que la función de financiación se satisface de forma mediata, no a través de la entrega de una suma de dinero, sino del bien en que aquella se invirtió y que debe ser restituido por la resolución del contrato de compraventa; GARCÍA GARNICA, ob. cit., (*Comentario...*), p. 797-798; GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*Leasing financiero mobiliario...*), p. 201; GUTIÉRREZ GILSANZ, ob. cit., p. 219, que habla de resolución por falta sobrevenida de causa, para distinguir esta situación de la de nulidad por ausencia de causa, que incide como vicio existente al momento de formarse el contrato; LÓPEZ FRÍAS, ob. cit. (*Los contratos conexos...*), p. 137-139; MARÍN LÓPEZ, ob. cit. (*Comentario a la STS de 24 de mayo de 1999*), p. 1.151; MARÍN LÓPEZ, ob. cit. (*Comentario a la STS de 26 de febrero de 1996*), p. 762-763; REAL PÉREZ, ob. cit. (*El incumplimiento...*), p. 416; STSJ de Navarra de 22 de mayo de 1992 (RJ 1992/6198).

Hago presente que en virtud de este argumento se ha propugnado la nulidad del contrato de leasing, y no su resolución. En este sentido, ROJO AJURIA, ob. cit. (*Leasing mobiliario*), p. 257. Ver también STS de 4 de diciembre de 1997 (RJ 1997/8728), que confirmó la sentencia de instancia que había declarado la nulidad del contrato de leasing financiero, aunque no se reproducen los argumentos que llevaron a esta conclusión, ya que no fue materia de casación. A esta solución cabe reparar que la nulidad es la sanción para la existencia de un vicio originario del acto, por lo que se produce en los casos en que a ese momento no hay causa, supuesto distinto al que se analiza aquí. En este último sentido, GUTIÉRREZ GILSANZ, ob. cit., p. 219; LÓPEZ FRÍAS, ob. cit. (*Los contratos conexos...*), p. 138.

argumento choca con el carácter restrictivo que en España se ha abordado la alteración de las circunstancias que dieron origen al contrato.¹⁴⁴³

D) La desaparición de la base negocial del contrato de leasing financiero, es decir, la modificación grave de las circunstancias que dieron lugar a su nacimiento, lo que se daría cuando se cumplen los siguientes requisitos: a) La destrucción de la relación de equivalencia entre las prestaciones de las partes (el usuario no podrá usar el bien, pero deberá seguir pagando las cuotas); y b) La frustración de la finalidad objetiva del negocio (decae el negocio *per se*) o frustración de la finalidad subjetiva (el fin perseguido por uno de los contratantes resulta inalcanzable).¹⁴⁴⁴ Al igual que el anterior, este argumento choca con la interpretación que se ha hecho de la alteración de las circunstancias que dieron origen al contrato.¹⁴⁴⁵

E) Lo perjudicial que resulta la posición contraria tanto para el usuario (que se verá privado del uso del bien y deberá seguir pagando las cuotas) como para la empresa de leasing (que seguirá ligado a un contrato respecto de cuyo cumplimiento ha perdido la principal garantía que tenía respecto del usuario: la propiedad del bien).¹⁴⁴⁶

F) Esta posición facilita la liquidación conjunta de ambos contratos, restituyéndose el precio a la empresa de leasing,¹⁴⁴⁷ con lo que se elimina la cadena de pagos que supone la posición contraria (restitución del precio al usuario, que a su vez debe restituir a la

¹⁴⁴³ Según se dijo *supra* N° 15.2, este es el elemento con que choca la ausencia sobrevenida de la causa como argumento para proclamar la propagación de la ineficacia como uno de los efectos generales de la conexión contractual.

¹⁴⁴⁴ BUITRAGO RUBIRA, ob. cit. (*El leasing mobiliario...*), p. 231-233; CABANILLAS SÁNCHEZ, ob. cit. (*La resolución...*), p. 338-339; GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*Leasing financiero mobiliario...*), p. 202; GONZÁLEZ VÁSQUEZ, ob. cit., p. 1.316; LÓPEZ FRÍAS, ob. cit. (*Los contratos conexos...*), p. 139-140; MARÍN LÓPEZ, ob. cit. (*Comentario a la STS de 24 de mayo de 1999*), p. 1.151; MARÍN LÓPEZ, ob. cit. (*Comentario a la STS de 26 de febrero de 1996*), p. 763-765; STSJ de Navarra de 22 de mayo de 1992 (RJ 1992/6198).

¹⁴⁴⁵ Vale en este sentido lo expuesto en la nota penúltima. Reconocen esta limitación del argumento GARCÍA GARNICA (ob. cit. (*El régimen jurídico...*), p. 209, Nota N° 70; GUTIÉRREZ GILSANZ (ob. cit., p. 222-226; LÓPEZ FRÍAS, ob. cit. (*Los contratos conexos...*), p. 301; MARÍN LÓPEZ, ob. cit. (*Comentario a la STS de 26 de febrero de 1996*), p. 765.

¹⁴⁴⁶ GARCÍA GARNICA, ob. cit. (*El régimen jurídico...*), p. 207 y GUTIÉRREZ GILSANZ, ob. cit., p. 202, 231-232.

¹⁴⁴⁷ CABANILLAS SÁNCHEZ, ob. cit. (*La resolución...*), p. 339; GARCÍA GARNICA, ob. cit. (*El régimen jurídico...*), p. 209; GUTIÉRREZ GILSANZ, ob. cit., p. 227; REAL PÉREZ, ob. cit. (*El incumplimiento...*), p. 416, 420 (Nota N° 69) y 422.

empresa de leasing), que puede romperse si el usuario no paga a la empresa de leasing, produciéndose una situación de enriquecimiento injusto.

G) La cláusula de exoneración (que es uno de los argumentos de la otra postura) se refiere a la responsabilidad dimanante de los desperfectos del bien, pero no a la propia validez y eficacia del contrato.¹⁴⁴⁸

H) La posición contraria concibe el leasing financiero como un mero préstamo de dinero por parte de la empresa de leasing al usuario, y olvida que un elemento esencial es la cesión del uso del bien a este último.¹⁴⁴⁹

Cabe destacar que el efecto de extensión de la resolución de un contrato al otro se ha proclamado sólo en el sentido que se ha visto, de manera que se ha negado la resolución del contrato de compraventa como consecuencia de la resolución del contrato leasing.¹⁴⁵⁰ Como argumento se ha esgrimido que la extinción del contrato de leasing no frustra el fin práctico de la compraventa, lo que se comprobaría al ver que en el caso de incumplimiento del usuario la empresa de leasing puede recuperar el bien y disponer de él.¹⁴⁵¹ También se ha defendido esta posición entendiendo que en el leasing financiero la conexión es unilateral, lo que se traduce en que la suerte del contrato de leasing depende del de compraventa, pero no al revés.¹⁴⁵²

La situación es claramente diversa en el ámbito de la concepción unitaria, donde se entiende que el incumplimiento del proveedor lesiona el interés de las tres partes, por lo

¹⁴⁴⁸ GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*Leasing financiero mobiliario...*), p. 201 y LÓPEZ FRÍAS, ob. cit. (*Los contratos conexos...*), p. 135-136.

¹⁴⁴⁹ GUTIÉRREZ GILSANZ, ob. cit., p. 203ss; LÓPEZ FRÍAS, ob. cit. (*Los contratos conexos...*), p. 136; MARÍN LÓPEZ, ob. cit. (*Comentario a la STS de 26 de febrero de 1996*), p. 760. En el mismo sentido, GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*Leasing financiero mobiliario...*), p. 204 apunta que en lo referido al efecto de la resolución el leasing financiero se diferencia de otros contratos de financiación en que en este caso existe una actividad contractual del financiador en el negocio financiado que permite afirmar la necesaria influencia de la frustración de la compraventa.

¹⁴⁵⁰ GARCÍA GARNICA, ob. cit. (*El régimen jurídico...*), p. 208, Nota N° 69; GARCÍA GARNICA, ob. cit., (*Comentario...*), p. 798; GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*Leasing financiero mobiliario...*), p. 203; LÓPEZ FRÍAS, ob. cit. (*Los contratos conexos...*), p. 142, fundamentando la solución en que la empresa de leasing asume el riesgo de incumplimiento del usuario; STS de 25 de enero de 2001 (RJ 2001/1001), en el caso de nulidad del contrato de leasing.

¹⁴⁵¹ GARCÍA GARNICA, ob. cit. (*Comentario...*), p. 798; GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*Leasing financiero mobiliario...*), p. 203.

¹⁴⁵² DI FORTUNATO, ob. cit., p. 14; FOCESATO, ob. cit., p. 377.

que causa la resolución del contrato trilateral, extendiéndose ésta a todas las relaciones jurídicas existentes entre ellas.¹⁴⁵³ Como ya se ha advertido, el efecto extensivo de la resolución deriva de los efectos propios de ésta y del carácter esencial de las obligaciones del proveedor en el esquema contractual del leasing financiero.¹⁴⁵⁴ Esta solución, unida a la estimación de la existencia de litis consorcio pasivo necesario en el caso analizado,¹⁴⁵⁵ impide la posibilidad de juicios de resolución paralelos o sucesivos que se presenta en la concepción bipartita,¹⁴⁵⁶ y permite la liquidación conjunta de todas las relaciones jurídicas en un solo juicio, como se verá en el punto siguiente.

44.- EFECTOS DE LA RESOLUCIÓN.

El efecto propio de la resolución consiste en liberar a las partes de sus obligaciones y restituir las que hayan sido ejecutadas.¹⁴⁵⁷

En el leasing financiero el efecto restitutorio de la resolución puede resultar problemático debido al carácter complejo de su estructura, que implica una maraña de prestaciones cruzadas entre las tres partes. El tema puede ser objeto de regulación contractual,¹⁴⁵⁸ en cuyo caso debe acudir a ella, pero en la mayoría de los casos esta regulación no existe, por lo que deben resolverse las dudas que genera cada restitución en particular. Por ello es que se analizará por separado la restitución del bien, la del precio y la de las cuotas.

¹⁴⁵³ CORBO, ob. cit., p. 213 (refiriéndose al caso de nulidad, pero llegando a conclusiones que son aplicables también a caso de resolución), argumenta que la nulidad de la primera fase de perfeccionamiento del contrato (transferencia de la propiedad del bien) afecta a la segunda (cesión del uso del bien), ya que habiéndose restituido el bien será imposible para la empresa de leasing cumplir con su obligación; GORGONI, ob. cit. (*Credito...*), p. 1.160-1.161 afirma que la interdependencia de las relaciones jurídicas que se forman en el leasing financiero implica que la resolución de cualquiera de ellas hace decaer la razón justificativa de las demás, ya que se lesiona el interés del tercer contratante que no forma parte en la relación jurídica en cuestión; PURCARO, ob. cit. (*La locazione...*), p. 36-37.

¹⁴⁵⁴ Ver *supra* N° 41.2.

¹⁴⁵⁵ Ver *supra* N° 42.

¹⁴⁵⁶ Ver *supra* N° 41.2.

¹⁴⁵⁷ Ver ALBALADEJO, ob. cit., p. 122-123; DIEZ-PICAZO, ob. cit. (Tomo II), p. 871-872; FERNÁNDEZ GONZÁLEZ REGUERAL, ob. cit., p. 167; LACRUZ BERDEJO, ob. cit., p. 200; art. 81 CNUCCIM; arts. 9:305 a 9:309 PDCE, arts. 7.3.5 a 7.3.7. PUCCI.

¹⁴⁵⁸ PARRA LUCÁN, ob. cit. (*El leasing...*), p. XLV; SCCI de 2 de noviembre de 1998 (10926).

44. 1.- La restitución del bien.

Como se ha visto en los puntos anteriores, en la concepción bipartita se puede dar una serie de supuestos resolutorios, lo que conduce a resultados disímiles también en el punto que se analiza. Así, cuando se permita al usuario demandar sólo la resolución del contrato de compraventa, sin comparecencia de la empresa de leasing en el juicio,¹⁴⁵⁹ el bien deberá ser restituido al proveedor.¹⁴⁶⁰ Si, por el contrario, se permite al usuario demandar sólo la resolución del contrato de leasing,¹⁴⁶¹ el bien deberá ser restituido a la empresa de leasing.¹⁴⁶² Por último, si se declara conjuntamente la resolución de ambos contratos, se ha entendido que la obligación de restitución del bien recae en la empresa de leasing como parte del contrato de compraventa,¹⁴⁶³ aunque otros, con mayor sentido práctico, estiman que si bien la obligación de restitución es de la empresa de leasing, debe llevarla a cabo el usuario, sea a nombre de ella,¹⁴⁶⁴ o como una forma de ayudarla a cumplir dicha obligación, en razón de tener el bien en su poder y haber demandado la resolución.¹⁴⁶⁵ De forma distinta, aunque conduciendo al mismo resultado práctico que la última solución expuesta, en algunos casos se ha dispuesto que el usuario entregue el bien a la empresa de leasing para que ésta, a su vez, lo restituya al proveedor¹⁴⁶⁶ (cadena de

¹⁴⁵⁹ Esta alternativa supone estimar que en el juicio de resolución del contrato de compraventa no se presenta una situación de litis consorcio pasivo necesario (ver *supra* N° 42).

¹⁴⁶⁰ Así se ordenó en la STS de 23 de abril de 1991 (RJ 1991/3021). Aunque no se señala expresamente, debió suceder lo mismo en las sentencias de instancia previas a la STS de 26 de noviembre de 2003 (RJ 2003/8354), que declararon la resolución del contrato de compraventa, demandada por el usuario como subrogado de la empresa de leasing, sin comparecencia de ésta. La sentencia fue casada por motivos distintos al de la correcta configuración de la relación procesal.

¹⁴⁶¹ Respecto de los casos en que se permite esto en la concepción bipartita, ver *supra* N° 41.1.2.

¹⁴⁶² Así se ordenó en la STS de 25 de enero de 2001 (RJ 2001/1001), aunque declarando la nulidad del contrato de leasing por falta de entrega, produciéndose en todo caso el mismo efecto; y en la STS de 3 de febrero de 2000 (RJ 2000/621).

¹⁴⁶³ Así se resolvió en la SAP de Girona de 12 de marzo de 2010 (JUR 2010/176713). Así parece entenderlo también LÓPEZ FRÍAS, ob. cit. (*Los contratos conexos...*), p. 132. Ver en este mismo sentido la doctrina citada en las dos notas siguientes.

¹⁴⁶⁴ GARCÍA GARNICA, ob. cit. (*El régimen jurídico...*), p. 209; GUTIÉRREZ GILSANZ, ob. cit., p. 232.

¹⁴⁶⁵ MARÍN LÓPEZ, ob. cit. (*Comentario a la STS de 26 de febrero de 1996*), p. 767.

¹⁴⁶⁶ SAP de Girona de 12 de marzo de 2010 (JUR 2010/176713); STS de 24 de mayo de 1999 (RJ 1999/3927); STS de 4 de diciembre de 1997 (RJ 1997/8728); STS de 26 de febrero de 1996 (RJ

restituciones que obviamente no se da en la práctica, en la que el usuario devuelve el bien directamente al proveedor).

En la concepción unitaria, en cambio, no se recurre a estas piruetas jurídicas para reconocer que en la realidad la restitución es efectuada por el usuario a favor del proveedor. En efecto, si se analiza el asunto desde la óptica unitaria, entendiéndose en consecuencia que el usuario está legitimado en calidad de parte para resolver el contrato trilateral de leasing,¹⁴⁶⁷ y que en el juicio respectivo deberán comparecer las tres partes,¹⁴⁶⁸ liquidándose todas las relaciones jurídicas en un solo juicio, no habrá problema en entender que el usuario debe restituir el bien al proveedor. A ello se puede agregar como sustento la relación jurídica existente entre usuario y proveedor,¹⁴⁶⁹ en virtud de la que éste asume la obligación de entregar el bien a aquél,¹⁴⁷⁰ de forma que cuando llegue el momento de volver a las partes a la situación anterior a la celebración del contrato, debe ser el acreedor de la obligación de entrega (el usuario) quien lo restituya al deudor de dicha obligación (el proveedor).

Puede advertirse que esta situación es, en definitiva, igual a la adoptada por un sector de la concepción bipartita. Sin embargo, en la concepción unitaria se llega a este resultado de forma directa, y no a través de particulares argumentaciones cuya única finalidad es intentar hacer coincidir la realidad con la estructura jurídica de dos contratos y dos obligaciones sucesivas de entrega y, consecuentemente, de restitución. Vuelve a asomar aquí el principio de efecto relativo del contrato, que es el constante problema que debe enfrentar la concepción bipartita a la hora de explicar la dinámica del leasing financiero, donde dos sujetos que se suponen terceros actúan como partes directas.

Sin perjuicio de lo anterior, se debe destacar que la coincidencia de soluciones entre la tesis bipartita y la unitaria es sólo parcial, ya que en la primera se observa un crisol de

1996/1264), con comentario positivo en este aspecto de DÍAZ MUYOR, ob. cit., p. 399. Ver también en este sentido AGUILAR RUIZ, ob. cit., p. 177-178; MARÍN LÓPEZ, ob. cit. (*Comentario a la STS de 24 de mayo de 1999*), p. 1.150.

¹⁴⁶⁷ Ver *supra* N° 41.2 y 43.

¹⁴⁶⁸ Ver *supra* N° 42.

¹⁴⁶⁹ Ver *supra* N° 27.4.

¹⁴⁷⁰ Ver *supra* N° 28.1.3.

opiniones dependiendo de las distintas posibilidades de legitimación activa y pasiva de resolución, problema que no se presenta en la tesis que defiende.

44. 2.- La restitución del precio.

Otra de las prestaciones a liquidar como efecto de la resolución es el precio que en su momento pagó la empresa de leasing al proveedor.

Nuevamente en el marco de la concepción bipartita se presentan soluciones disímiles derivadas de la variedad de alternativas de resolución del contrato de compraventa. Así, en aquellos casos en que se permite al usuario demandar como subrogado de la empresa de leasing la resolución del contrato de compraventa solamente, se ha entendido que el proveedor debe restituir el precio al usuario, en su calidad de demandante.¹⁴⁷¹ En cambio, cuando se declare la resolución de ambos contratos, se estima que el precio debe ser restituido a la empresa de leasing, en su calidad de compradora y contraparte del proveedor.¹⁴⁷²

En la concepción unitaria que defiende se ha entendido que el precio debe ser restituido a la empresa de leasing,¹⁴⁷³ quien efectuó la prestación que se restituye. Ello supone, como se ha venido advirtiendo, que en el juicio de resolución intervengan las tres

¹⁴⁷¹ GUTIÉRREZ GILSANZ, ob. cit., p. 157; PARRA LUCÁN, ob. cit. (*El leasing...*), p. XLV; SÁNCHEZ-PARODI PASCUA, ob. cit., p. 206, refiriéndose a la acción redhibitoria. Así lo resolvieron los Tribunales de instancia en la STS de 23 de abril de 1991 (RJ 1991/3021), decisión que se mantuvo firme al no ser motivo de casación. Al mismo resultado llegaron los Tribunales de instancia en la STS de 25 de junio de 1997 (RJ 1997/5210), pero en esta ocasión se casó la sentencia de segunda instancia (que había confirmado la de primera en el sentido de ordenar restituir el precio al usuario para que éste lo destinara a “cancelar el contrato de leasing”) en virtud de la doctrina del litis consorcio pasivo necesario. Por último, esta solución se menciona en la SAT Valencia de 2 de diciembre de 1986 (RAJ 1986/7157), como una recomendación de cara a una futura acción del usuario.

¹⁴⁷² AGUILAR RUIZ, ob. cit., p. 177; GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*Leasing financiero mobiliario...*), p. 205; GONZÁLEZ VÁSQUEZ, ob. cit., p. 1.317; GUTIÉRREZ GILSANZ, ob. cit., p. 157 y 232; LÓPEZ FRÍAS, ob. cit. (*Los contratos conexos...*), p. 132; MARÍN LÓPEZ, ob. cit. (*Comentario a la STS de 24 de mayo de 1999*), p. 1.150-1.151; MARÍN LÓPEZ, ob. cit. (*Comentario a la STS de 26 de febrero de 1996*), p. 767; ROJO AJURIA, ob. cit. (*Leasing mobiliario*), p. 257 parece entenderlo así también; MARTÍN CASALS y RUDA RODRÍGUEZ, ob. cit., p. 851; REAL PÉREZ, ob. cit. (*El incumplimiento...*), p. 416 y 422. En cuanto a la jurisprudencia, ver STS de 24 de mayo de 1999 (RJ 1999/3927); STS de 4 de diciembre de 1997 (RJ 1997/8728); STS de 26 de febrero de 1996 (RJ 1996/1264).

¹⁴⁷³ PURCARO, ob. cit. (*I problemi...*), p. 558; PURCARO, ob. cit. (*La locazione...*), p. 175-176.

partes¹⁴⁷⁴ y se deje sin efecto todas las relaciones jurídicas, es decir, el contrato trilateral de leasing financiero.¹⁴⁷⁵ Con ello se evita la situación, que puede darse en la concepción bipartita, de que se declare la resolución de una de las relaciones jurídicas (la compraventa) quedando la otra sin objeto, pero vigente.

44. 3.- La restitución de las cuotas pagadas por el usuario.

La última prestación a liquidar será el pago de las cuotas por parte del usuario a la empresa de leasing.

En el ámbito de la concepción bipartita este problema se presentará sólo cuando resuelve el contrato de leasing financiero propiamente dicho, sea individualmente,¹⁴⁷⁶ o bien como consecuencia de la resolución del contrato de compraventa.¹⁴⁷⁷ En ambos casos la empresa de leasing no podrá cobrar las cuotas futuras, como producto de la disolución de la relación contractual, pero se ha presentado el problema de resolver si debe o no restituir al usuario las cuotas que haya percibido al momento de la resolución.

La solución al problema en caso de resolución exclusiva del contrato de leasing suele venir prevista en el mismo contrato a propósito de la resolución por incumplimiento del usuario, disponiéndose que la empresa de leasing tendrá derecho a retener las percibidas y, en su caso, cobrar las cuotas vencidas y no pagadas.¹⁴⁷⁸ En cambio, para el caso que se declare la resolución del contrato de leasing con motivo de la resolución de la compraventa, se han distinguido los siguientes supuestos: **A)** Cuando el usuario no haya podido hacer ningún uso del bien, la empresa de leasing debería restituir todas las cuotas que haya percibido; **B)** Cuando el usuario haya podido usar el bien durante algún tiempo,

¹⁴⁷⁴ Ver *supra* N° 42.

¹⁴⁷⁵ Ver *supra* N° 41.2 y 43.

¹⁴⁷⁶ Los casos en que ello es posible en la concepción bipartita fueron analizados *supra* N° 41.1.2.

¹⁴⁷⁷ La extensión de la resolución del contrato de compraventa al contrato de leasing fue tratada *supra* N° 43.

¹⁴⁷⁸ Ver al efecto la condición general sexta del modelo de contrato de leasing financiero de AELR; cláusula novena del modelo de contrato de leasing financiero del Banco Santander; la condición general N° 4 del modelo de contrato de leasing financiero de Toyota Financial Services. Así se desprende también del estudio de formularios desarrollado por FRADEJAS RUEDA, ob. cit., p. 261.

la empresa de leasing debería restituir lo pagado a partir del momento en que el usuario no pudo usar más el bien.¹⁴⁷⁹

Por mi parte creo que, en consonancia con lo que se ha venido sosteniendo, el incumplimiento del proveedor debe dar lugar a la resolución del vínculo contractual trilateral, compareciendo las tres partes en el juicio, de manera que en la liquidación conjunta que se practique, el proveedor debe restituir a la empresa de leasing el precio del bien (más la correspondiente indemnización de daños y perjuicios, como se verá) y ésta debe restituir al usuario todas las cuotas percibidas. De esta manera se vuelve al estado anterior a la celebración del contrato resuelto (efecto *ex tunc*), en forma congruente con naturaleza financiera de la operación.

Estimo que la solución propuesta en la concepción bipartita para el caso de resolución conjunta de los dos contratos conlleva la aplicación solapada de los principios del arrendamiento (aunque muchos nieguen dicha naturaleza en sede de análisis general), ya que mantiene la obligación de pagar las cuotas durante el tiempo en que el usuario pudo utilizar el bien,¹⁴⁸⁰ sin perjuicio de que por esa vía se hace al usuario responsable de una situación que no provocó y se puede llegar a una situación de enriquecimiento injusto de la empresa de leasing, que recibirá el precio de parte del proveedor, una eventual

¹⁴⁷⁹ BUITRAGO RUBIRA, ob. cit. (*El leasing mobiliario...*), p. 233-234; CABANILLAS SÁNCHEZ, ob. cit. (*La resolución...*), p. 340; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, ob. cit., p. 319-320; GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*Leasing financiero mobiliario...*), p. 205-206; GONZÁLEZ VÁSQUEZ, ob. cit., p. 1.314; GUTIÉRREZ GILSANZ, ob. cit., p. 233; LÓPEZ FRÍAS, ob. cit. (*Los contratos conexos...*), p. 140-141; MARÍN LÓPEZ, ob. cit. (*Comentario a la STS de 24 de mayo de 1999*), p. 1.153; MARÍN LÓPEZ, ob. cit. (*Comentario a la STS de 26 de febrero de 1996*), p. 766; REAL PÉREZ, ob. cit. (*El incumplimiento...*), p. 422, Nota Nº 75. La jurisprudencia también parece apoyar este criterio. Así, en la SAP de Girona de 12 de marzo de 2010 (JUR 2010/176713) se resolvieron ambos contratos y se ordenó a la empresa de leasing restituir las cuotas pagadas por el usuario, a excepción de seis cuotas correspondientes a la proporción de tiempo en que se había podido utilizar el bien; en la STS de 24 de mayo de 1999 (RJ 1999/3927) se declaró la resolución de ambos contratos y se condenó a la empresa de leasing a restituir las cuotas percibidas con posterioridad a la fecha en que debió reponerse por segunda vez el motor del camión que era objeto del contrato; en la STS de 4 de diciembre de 1997 (RJ 1997/8728) se declaró la resolución del contrato de compraventa y la nulidad del contrato de leasing, y se condenó a la empresa de leasing a restituir las cuotas percibidas, ya que el camión no había podido obtener el permiso de circulación; en la STS de 26 de febrero de 1996 (RJ 1996/1264) se resolvieron ambos contratos y se condenó a la empresa de leasing a restituir la totalidad de las cuotas percibidas, ya que el bien había presentado fallas desde su instalación, solución apoyada por DÍAZ MUYOR, ob. cit., p. 399.

¹⁴⁸⁰ Se debe tener en cuenta que, como se expuso *supra* Nº 27.5.2, las cuotas de leasing no remuneran el uso del bien por unidad de tiempo (como sucede en el arrendamiento), sino que constituyen la restitución del financiamiento otorgado por la empresa de leasing.

indemnización de daños y perjuicios, y además retendrá un determinado número de cuotas ¹⁴⁸¹

En este sentido estimo que si existen diferencias patrimoniales que resolver a fin de volver al estado anterior al de la celebración del contrato, debe recurrirse al remedio indemnizatorio. Así, por ejemplo, si se quiere evitar el enriquecimiento injusto que para el usuario significaría la utilización gratuita del bien (que parece ser la preocupación de quienes plantean la solución que critico), creo que debería tasarse el valor de uso por medio de peritos, debiendo el usuario pagar a modo de indemnización la suma correspondiente al tiempo de utilización, pero no a la empresa de leasing (quien resultará reparada mediante la restitución del precio más la eventual indemnización de daños y perjuicios), sino al proveedor, quien en calidad de vendedor sufre el detrimento patrimonial causado por el uso del bien.

Lo que creo que no puede hacerse es utilizar las cuotas para este fin, ya que esta solución puede conducir a situaciones injustas que pueden ser ilustradas mediante el siguiente ejemplo: El usuario A necesita un equipo de ingeniería para cumplir con una licitación pública que tiene un año de duración, por lo que celebra un contrato de leasing respecto del bien X, cuyo precio es de 120.000 euros, por el plazo de un año, pagando una cuota mensual de 10.000 euros (sin considerar los demás ítems que configuran el precio a pagar). Por su parte, el usuario B necesita el mismo bien, pero en vez de utilizarlo para un fin específico, lo requiere para el funcionamiento normal de su empresa de ingeniería, por lo que opta por un plazo de 4 años, pagando en consecuencia una cuota de 2.500 euros mensuales (además de los otros ítems que configuran el precio). Si en ambos casos, a los 5 meses de utilización del bien aparecen vicios que impiden su uso, y en ambos casos el usuario demanda y obtiene la resolución del contrato de compraventa y de leasing financiero, de acuerdo a la opinión antes expuesta ambos usuarios deberían soportar el pago de 5 cuotas de leasing, ya que en ambos casos se utilizó el bien por dicho plazo. Ello conduce a la injusticia de que (tratándose del mismo equipo, del mismo precio de adquisición y del mismo plazo de utilización), el usuario A deba pagar 50.000 euros mientras que el usuario B debe pagar 12.500 euros.

¹⁴⁸¹ En el mismo sentido, MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, ob. cit., p. 230-231.

SECCIÓN IV

ACCIÓN INDEMNIZATORIA DE DAÑOS Y PERJUICIOS

45.- LEGITIMACIÓN ACTIVA DEL USUARIO.

El último remedio a que puede acceder el usuario en los casos de incumplimiento del proveedor es la indemnización de daños y perjuicios. Este remedio puede ejercitarse en conjunto con los demás analizados (en cuyo caso puede adquirir características especiales), o bien puede ejercitarse de forma autónoma. A analizar todos estos supuestos de legitimación se dedican los siguientes puntos.

45. 1.- Acción indemnizatoria y acción de cumplimiento.

En el ámbito de la concepción bipartita se ha entendido que cuando el proveedor incumpla sus obligaciones, el usuario puede ejercitar contra aquél la acción indemnizatoria en conjunto con la de cumplimiento, en virtud de la cláusula de subrogación,¹⁴⁸² de la acción directa derivada de la conexión contractual,¹⁴⁸³ o de la acción directa legal.¹⁴⁸⁴ Por

¹⁴⁸² GARCÍA GARNICA, ob. cit. (*El régimen jurídico...*), p. 203; GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*Leasing financiero mobiliario...*), p. 185 y 206, para quien el usuario renuncia a exigir indemnización de daños y perjuicios a la empresa de leasing o la resolución del contrato de leasing en caso de incumplimiento o cumplimiento defectuoso de la compraventa, debiendo dirigir la acción de cumplimiento y la indemnizatoria contra el proveedor; LÓPEZ FRÍAS, ob. cit. (*Los contratos conexos...*), p. 120, para el caso de falta de entrega; SANTOS SÁNCHEZ, ob. cit., p. 478; SCCI de 12 de enero de 2011 (534); SAP de Santa Cruz de Tenerife de 26 de septiembre de 1992. Si se sigue la tesis amplia de la subrogación, que asimila sus efectos con los de la cesión de créditos, ver PANTALEÓN PRIETO, ob. cit., p. 1.104, quien hace la siguiente distinción: A) La legitimación para demandar la indemnización de los daños producidos antes de la cesión corresponde al cedente (empresa de leasing), a menos que este crédito haya sido también objeto de la cesión; B) La legitimación para demandar la indemnización de los daños producidos después de la cesión corresponde al cesionario (usuario).

¹⁴⁸³ Ver *supra* N° 23.

¹⁴⁸⁴ En relación con la sección 2A-209 UCC, el usuario accederá esta limitación a menos que haya sido limitada o suprimida en el contrato de compraventa. Ver al efecto *supra* N° 24.2.4 y ALI y NCCUSL, ob. cit. (*Official Comment*), sección 2A-209. La solución del UCC fue seguida por el art. 10.1. CUAFI. Ver al efecto *supra* N° 24.3.2 y UNIDROIT, ob. cit. (*Draft convention...*), p. 64. También se puede observar la legitimación del usuario para estos efectos en los arts. 7.1, 14 y 21 LMUL. Ver al efecto UNIDROIT, ob. cit. (*Official commentary*), N° 43, 67, 87 y 88; BACKOVIC, ob. cit., p. 865. Por último, la legitimación del usuario puede desprenderse del art. 576-2 ACM. Se puede citar en este grupo también a la tesis del mandato sin representación, citada *supra* N° 10.3.2, aunque en este punto específico ha encontrado detractores, para quienes el art. 1.705 CC italiano (en que se fundamenta esta tesis) no autoriza el ejercicio de la acción indemnizatoria por parte del mandante (en este caso el usuario) contra el tercero (en este caso el proveedor). En este sentido, BACCIARDI, ob. cit., p. 739; FOCHEATO, ob. cit., p. 378, fundado en que la norma sólo habilita al mandante

otra parte, en aquellos casos en que la concepción bipartita contempla la acción de cumplimiento contra la empresa de leasing, se ha entendido que la acción indemnizatoria que la complementa tendrá los mismos sujetos activo y pasivo,¹⁴⁸⁵ no obstante que la cláusula de exoneración pareciera excluir esta posibilidad.¹⁴⁸⁶ Sin perjuicio de lo anterior, se han presentado discrepancias en el caso de falta de entrega, donde los seguidores de la concepción bipartita bifurcan sus pareceres en función de la posición que se adopte respecto de la licitud de la cláusula de exoneración de la obligación de entrega que se supone corresponde a la empresa de leasing.¹⁴⁸⁷ De esta manera, quienes estiman que la empresa de leasing no se puede exonerar de esta obligación, legitiman al usuario para dirigir la acción indemnizatoria contra la empresa de leasing;¹⁴⁸⁸ quienes estiman que la

(usuario) para ejercitar el derecho de crédito contra el tercero (proveedor), y en que la acción directa constituye una excepción a la inexistencia de relación jurídica entre el mandante y el tercero.

¹⁴⁸⁵ Estos casos fueron mencionados *supra* N° 38. Especial mención se ha hecho al caso en que la empresa de leasing compra un bien distinto al especificado por el usuario o a un proveedor distinto al dispuesto por éste. Ver al efecto GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*Leasing financiero mobiliario...*), p. 186; MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, ob. cit., p. 226 y 228, Nota N° 39. También se ha contemplado esta posibilidad cuando la empresa de leasing no celebra el contrato de compraventa por causa imputable a ella. Ver al efecto GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*Leasing financiero mobiliario...*), p. 185-186 y 208; GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*En torno...*), p. 1.780; ROJO AJURIA, ob. cit. (*Leasing mobiliario*), p. 251, quien estima que en este caso el usuario no puede pedir el cumplimiento forzoso del contrato, sino que sólo indemnización de daños y perjuicios, ya sea por culpa *in contrahendo*, o por incumplimiento contractual. Ver también el art. 12.5 CUAFL, analizado *supra* N° 24.3.3, que permite al usuario reclamar a la empresa de leasing perjuicios adicionales a la recuperación de rentas y otras sumas pagadas por adelantado cuando la falta de entrega, entrega tardía o entrega de equipo no conforme resulte de un acto u omisión de dicha empresa.

¹⁴⁸⁶ En algunos contratos de leasing se incluye en la cláusula de exoneración/subrogación la renuncia del usuario al ejercicio de toda acción contra la empresa de leasing, incluida la indemnización de daños y perjuicios. Ver al efecto GUTIÉRREZ GILSANZ, ob. cit., p. 45 y 47; SANTOS SÁNCHEZ, ob. cit., p. 478 y las cláusulas transcritas en CAPIELLO, ob. cit., p. 650 y en STS de 26 de junio de 1989 (RJ 1989/4786). Por su parte, DE PRADA GONZÁLEZ, ob. cit., p. 660 estima que todo dependerá de la redacción de las cláusulas de exoneración/subrogación, ya que si en ella se contempla una renuncia explícita, el usuario queda impedido de demandar a la empresa de leasing (a menos que el daño provenga del dolo o culpa grave de la empresa de leasing), mientras que si la exoneración y subrogación no son completas, la empresa de leasing queda responsable frente al usuario, al ser ella quien contrató con éste.

¹⁴⁸⁷ Debe recordarse que la concepción bipartita supone dos obligaciones de entrega (una del proveedor a la empresa de leasing en virtud del contrato de compraventa, y otra de la empresa de leasing al usuario en virtud del contrato de leasing), de manera que frente al usuario la obligada a entregar el bien es la empresa de leasing (ver *supra* N° 28.1.3), siendo materia de discusión la posibilidad de que dicha empresa se exonerase de esta obligación (ver *supra* N° 22.1.3).

¹⁴⁸⁸ Ver la doctrina y jurisprudencia citada *supra* N° 41.1.2, letra G, a favor de la procedencia de la acción resolutoria para el caso de falta de entrega, cuya opinión es plenamente aplicable al caso que

empresa de leasing sí puede exonerarse de esta obligación y subrogar al usuario en su posición frente al proveedor, legitiman al usuario contra este último;¹⁴⁸⁹ mientras que otros estiman que en este caso es el usuario quien debería indemnizar a la empresa de leasing los perjuicios derivados del incumplimiento del proveedor, obligación que derivaría de su culpa *in eligendo*.¹⁴⁹⁰

Por mi parte, concuerdo con que el usuario debe dirigir su acción indemnizatoria contra el sujeto pasivo de la acción de cumplimiento, pero a diferencia de la concepción bipartita creo que su legitimación contra el proveedor deriva de su calidad de contraparte,¹⁴⁹¹ y no de la subrogación ni de una acción directa contractual ni legal, lo que tiene importancia en materia de perjuicios indemnizables.¹⁴⁹² Por otra parte debe destacarse que en la concepción unitaria la acción se dirigirá por regla general contra el proveedor, siendo más reducidos que en la concepción bipartita los casos en que esté legitimado contra la empresa de leasing.¹⁴⁹³

En todos estos casos la acción indemnizatoria tiene por función complementar la acción de cumplimiento, compensando los daños causados por la falta de cumplimiento completo y puntual,¹⁴⁹⁴ con la finalidad de dejar al acreedor en la misma posición en que se encontraría si el contrato se hubiese cumplido correcta y puntualmente,¹⁴⁹⁵ lo que viene a

se analiza aquí, ya que esta posición entiende que al ser la empresa de leasing la deudora directa de la obligación de entrega, el usuario debe dirigir contra ella las acciones del art. 1.124 CC, entre las que se encuentra la indemnizatoria. Ver en este sentido SAP de Madrid de 26 de junio de 2007 (AC 2007/1894), confirmada por STS de 1 de marzo de 2011 (RJ 2011/2615).

¹⁴⁸⁹ LÓPEZ FRÍAS, ob. cit. (*Los contratos conexos...*), p. 120; NARDI, ob. cit. p. 3, con referencia a todas las acciones que emanan del contrato de compraventa; SAP de Santa Cruz de Tenerife de 26 de septiembre de 1992.

¹⁴⁹⁰ GONZÁLEZ VÁSQUEZ, ob. cit., p. 1.309.

¹⁴⁹¹ Ver *supra* N° 27.4.3 y 27.4.4. Ver también SCCI de 12 de marzo de 2004 (5125); SCCI de 26 de enero de 2000 (854).

¹⁴⁹² Ver *infra* N° 47.

¹⁴⁹³ Ver *supra* N° 38.

¹⁴⁹⁴ DE ÁNGEL YÁGÜEZ, ob. cit., p. 731-732; LLAMAS POMBO, ob. cit. (*Cumplimiento...*), p. 176 y 234.

¹⁴⁹⁵ Esta es la función tradicional de la indemnización de carácter contractual. Ver al efecto DE ÁNGEL YÁGÜEZ, ob. cit., p. 735.

coincidir con el denominado interés positivo del acreedor.¹⁴⁹⁶ A modo de ejemplo se pueden mencionar las pérdidas que al usuario provoque la imposibilidad de utilizar el bien en su proceso productivo, o el lucro cesante constituido por los acuerdos que el usuario no pudo cumplir con terceros en virtud de la falta de entrega del bien.¹⁴⁹⁷

45. 2.- Acción indemnizatoria y acciones de saneamiento.

En lo que respecta a la evicción, entre los ítems contemplados en el art. 1.478 CC se encuentran los daños sufridos en ciertos casos, que el usuario podrá reclamar en los casos y contra los sujetos a que se ha hecho referencia con anterioridad.¹⁴⁹⁸

Asimismo, en lo que respecta al saneamiento de vicios del bien, para los manifiestos o aparentes el art. 336 CdeC contempla la acción resarcitoria de daños y perjuicios, mientras que en caso de vicios ocultos el usuario podrá ejercitar las acciones del art. 1.486 CC, que también contemplan el remedio indemnizatorio. En todos estos casos la legitimación del usuario se rige por los criterios expuestos a propósito de la acción de saneamiento.¹⁴⁹⁹

45. 3.- Acción indemnizatoria y acción resolutoria.

En el ámbito de la concepción bipartita se ha entendido que cuando el usuario resulte legitimado para ejercitar la acción resolutoria del contrato de compraventa como subrogado de la empresa de leasing, queda también legitimado para ejercitar la acción indemnizatoria contra el proveedor,¹⁵⁰⁰ aunque hay quien opina que en este caso el

¹⁴⁹⁶ LLAMAS POMBO, ob. cit. (*Cumplimiento...*), p. 153. Ver también 74 CNUCCIM, art 13.2(b) CUAFI (a modo de principio, ya que se refiere a una situación diversa), art. 21 LMUL, sección 1-305 UCC, art. 9:501 PDCE y .

¹⁴⁹⁷ SAP de Madrid de 26 de junio de 2007 (AC 2007/1894), confirmada por STS de 1 de marzo de 2011 (RJ 2011/2615), aunque en este caso se condenó a la empresa de leasing por dichos perjuicios, por entender que sobre ella pesaba la obligación de entrega.

¹⁴⁹⁸ Ver *supra* N° 39.

¹⁴⁹⁹ Ver *supra* N° 40.2.

¹⁵⁰⁰ RODRÍGUEZ ROVIRA, ob. cit., p. 1.181; SÁNCHEZ-PARODI PASCUA, ob. cit., p. 194; STS de 24 de mayo de 1999 (RJ 1999/3927), aunque en el caso no se dio lugar a la indemnización por no haberse acreditado daño; STS de 26 de febrero de 1996 (RJ 1996/1264); STS de 23 de abril de 1991 (RJ 1991/3021), aunque sin pronunciarse expresamente (ya que el tema en análisis no fue motivo de casación), se desprende del Fundamento de Derecho 3° y 4°; SAP de Santa Cruz de Tenerife de 26 de septiembre de 1992; STS de 22 de abril de 1991 (RJ 1991/3017), que no dio lugar a la

proveedor debería indemnizar a la empresa de leasing,¹⁵⁰¹ o bien al usuario y a la empresa de leasing.¹⁵⁰² Por su parte, los textos analizados no suelen pronunciarse específicamente sobre este punto, pero de ellos también se puede colegir una legitimación similar.¹⁵⁰³

Asimismo, en los casos en que la concepción bipartita permite al usuario demandar sólo la resolución del contrato de leasing propiamente dicho, se le ha reconocido la legitimación para demandar a la empresa de leasing los daños y perjuicios resultantes de

indemnización fundándose en que no se dio lugar a la resolución del contrato de compraventa, lo que implica entender, *sensu contrario*, que si se hubiese dado lugar a ésta, se hubiese dado también lugar a aquella.

¹⁵⁰¹ GONZÁLEZ VÁSQUEZ, ob. cit., p. 1.317, quien para el supuesto de resolución conjunta de ambos contratos parece entender que la indemnización debe ser pagada por el proveedor al usuario, quien debería entregar dicha suma a la empresa de leasing “en devolución de la deuda contraída frente a ella por el usuario”; LÓPEZ FRÍAS, ob. cit. (*Los contratos conexos...*), p. 141. También se ha planteado que sea el usuario (y no el proveedor) quien indemnice a la empresa de leasing. Ver en este sentido CHAMORRO POSADA, ob. cit., p. 199, fundándose en que aquella sufre dos tipos de daño: A) El derivado de verse citada injustamente a raíz de asuntos que no competen a la empresa de leasing (ya que de acuerdo al autor el juicio es provocado por la mala elección del bien o del proveedor, elección que corresponde al usuario); y B) El derivado de la terminación anticipada de la operación financiera; LÓPEZ FRÍAS, ob. cit. (*Los contratos conexos...*), p. 141, quien estima que ello procede cuando el proveedor sea insolvente, siempre que en el contrato de leasing se haya trasladado al usuario el riesgo de insolvencia del proveedor.

¹⁵⁰² GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*Leasing financiero mobiliario...*) parece inclinarse por esta postura, ya que en p. 206 señala que el usuario tiene respecto del contrato de compraventa las acciones del art. 1.124 (es decir, también la acción indemnizatoria) y en p. 205 señala que el proveedor debe indemnizar a la empresa de leasing los perjuicios derivados de la frustración de la operación, ya que la resolución del contrato de compraventa conlleva la resolución del de leasing; GUTIÉRREZ GILSANZ, ob. cit., p. 234; NARDI, ob. cit. p. 294.

¹⁵⁰³ Como regla general puede decirse que el legitimado pasivo de la acción indemnizatoria coincidirá con el legitimado pasivo de la acción resolutoria, tratado *supra* N° 41.1. Sin perjuicio de ello, cabe hacer algún comentario adicional respecto de los textos analizados.

En lo que respecta al UCC, la legitimación del usuario contra el proveedor estará limitada por lo que se haya pactado en el contrato de compraventa. Ver *supra* N° 24.2.4 y LAWRENCE CRAWFORD ASS'N FOR EXCEPTIONAL CITIZENS v. CONVERSOURCE, INC., Appellate Court of Illinois, Fifth District, 15 de agosto de 2012..

Por otra parte, el art. 10.2 CUAFI reserva a la empresa de leasing la resolución del contrato de compraventa, pudiendo el usuario resolver el contrato de leasing en virtud del art. 12.1 (ver *supra* N° 24.3.2 y 24.3.3). Sin embargo, creo que en el (hipotético) caso de que la empresa de leasing accediera a resolver la compraventa, la Convención no impide al usuario demandar al proveedor la indemnización de los daños perjuicios derivados de la resolución. Ello porque siendo el art. 10.2 una excepción a la regla general del art. 10.1, debe ser interpretada en forma restrictiva, es decir, entender que la limitación del art. 10.2 sólo se refiere a las acciones de resolución y nulidad.

En el caso de la LMUL, si bien es discutible la legitimación del usuario para demandar la resolución del contrato de compraventa, (ver *supra* N° 41.1.1), pero sí podrá reclamarle la indemnización de daños y perjuicios en virtud de los arts. 7.1, 13.2(a) y 21.

Por último el art. 576-2.3 ACM parece legitimar al usuario contra el proveedor para este fin.

la resolución.¹⁵⁰⁴ Un tanto distinta es la situación que se presenta cuando la resolución del contrato de leasing deriva de la resolución del contrato de compraventa. En este caso se ha dicho que la cláusula de exoneración impide al usuario hacer efectiva la responsabilidad contractual de la empresa de leasing por falta de disfrute del bien,¹⁵⁰⁵ y se ha intentado legitimar a esta última para demandar la indemnización de daños y perjuicios, ya al proveedor,¹⁵⁰⁶ ya al usuario.¹⁵⁰⁷

En el marco de la tesis que defiende, en cambio, estas distinciones no son necesarias, ya que el usuario queda ampliamente legitimado para resolver el contrato

¹⁵⁰⁴ En el Derecho español ver GONZÁLEZ CASTILLA (ob. cit. (*Leasing financiero mobiliario...*), p. 185-186. En contra, MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, ob. cit., p. 226 estima que en caso de resolución del contrato de leasing por falta de entrega o entrega de un *aliud pro alio*, debe ser el usuario quien indemnice a la empresa de leasing los gastos generados, sin perjuicio de que el usuario pueda repetir contra el proveedor.

En el ámbito del UCC esta acción será posible cuando el usuario quede facultado para resolver el contrato de leasing (ver *supra* N° 41.1.2). Sin perjuicio de ello, se debe mencionar que en aquellos casos en que el usuario pueda desligarse de la cláusula de irrevocabilidad e independencia (ver *supra* N° 24.2.2, algunos de los cuales coinciden con los supuestos de resolución del contrato de leasing), puede resolver el contrato y demandar daños y perjuicios a la empresa de leasing (2A-508(1)). Ver EUREKA BROADBAND CORP. v. WENTWORTH LEASING CORP., United States Court of Appeals for the First Circuit, 7 de marzo de 2005, caso en que la Corte accedió a la declaración de resolución (*cancellation*) del contrato de leasing en un caso en que la empresa de leasing no pagó el precio de la compraventa al proveedor, condenándola a pagar a título de indemnización el total de las cuotas que el usuario había pagado más daños consecuenciales equivalentes a los gastos que debió asumir el usuario para defenderse de la demanda que contra él entabló el proveedor.

También goza el usuario de esta legitimación contra la empresa de leasing en virtud del art. 12.5 CUAFI, analizado *supra* N° 24.3.3.

En el ámbito de la LMUL sólo se faculta al usuario para resolver el contrato de leasing en el supuesto de incumplimiento fundamental de la garantía de posesión pacífica por parte de la empresa de leasing (art. 23.1(c)), caso en que podrá demandar conjuntamente los daños y perjuicios. Fuera de este caso, el art. 23.1(b) LMUL impide al usuario resolver el contrato de leasing una vez aceptado el bien, incluso en caso de incumplimiento esencial del proveedor o de la empresa de leasing, pero le faculta para ejercitar “*las acciones legales que se prevean en el contrato y en la ley*”, entre las que se encuentra la indemnización de daños y perjuicios contra el proveedor (art. 13.2(a)).

Finalmente deben mencionarse aquí los casos en que el ACM parece legitimar al usuario para resolver el contrato de leasing, que serían el incumplimiento de la obligación de asegurar la pacífica posesión del bien (art. 576-3 letra a) y de la obligación de colaboración del art. 576-2.1 y 3.

¹⁵⁰⁵ LÓPEZ FRÍAS, ob. cit. (*Los contratos conexos...*), p. 135-136; GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*Leasing financiero mobiliario...*), p. 201.

¹⁵⁰⁶ LÓPEZ FRÍAS, ob. cit. (*Los contratos conexos...*), p. 141; GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*Leasing financiero mobiliario...*), p. 205.

¹⁵⁰⁷ CHAMORRO POSADA, ob. cit., p. 199, sobre la base de una discutible aplicación analógica de la ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios.

trilateral (todas las relaciones jurídicas, no sólo una de ellas) en calidad de parte contratante,¹⁵⁰⁸ pudiendo demandar la indemnización de daños y perjuicios al responsable del incumplimiento, que en supuesto analizado será generalmente el proveedor.¹⁵⁰⁹

En cuanto a los efectos de la resolución por incumplimiento del proveedor, se ha anticipado que en mi opinión el usuario debe restituir el bien al proveedor, éste debe restituir el precio a la empresa de leasing y ésta debe restituir al usuario las cuotas pagadas (efecto *ex tunc*).¹⁵¹⁰ Sobre esa base, el proveedor debería indemnizar tanto al usuario como a la empresa de leasing el daño emergente y el lucro cesante causado por su incumplimiento, con la prevención de no proceder la indemnización a ambos por un mismo daño.¹⁵¹¹

En el daño emergente del usuario pueden comprenderse los gastos de destrucción o deterioro de otros bienes del usuario causados por el mal funcionamiento del bien,¹⁵¹² los costes en que haya incurrido para suplir la falta del bien;¹⁵¹³ los costes derivados de no

¹⁵⁰⁸ Ver *supra* N° 41.2.

¹⁵⁰⁹ PURCARO, ob. cit. (*La locazione...*), p. 176; STS de 4 de diciembre de 1997 (RJ 1997/8728), que rechazó el recurso de casación interpuesto por el proveedor contra la sentencia de la Audiencia Provincial que había dado lugar a la indemnización. En el Fundamento de Derecho Quinto el Tribunal basa su razonamiento en que en el leasing financiero se generan “*vínculos obligacionales directos*” entre los suscriptores del contrato de leasing y el proveedor (también invocó a mayor abundamiento las cláusulas de exoneración y subrogación), rechazando el argumento del proveedor en cuanto a que el usuario carece de legitimación por no haber sido parte del contrato de compraventa. Ver también STS de 25 de junio de 1997 (RJ 1997/5210), caso en el que, a pesar de haber casado la sentencia de instancia que había dado lugar a la acción, por falta de litis consorcio pasivo necesario, parece entender que el usuario sí puede ejercitarla cumpliendo tal requisito, al adscribir a la tesis unitaria; SCCI de 21 de enero de 1982 (397).

¹⁵¹⁰ Ver *supra* N° 44. BACKOVIC, ob. cit., p. 864, en relación al art. 7 LMUL señala que entre los daños que el proveedor debe indemnizar al usuario deberían comprenderse las cuotas pendientes de pago a la empresa de leasing. Esta solución es claramente distinta a la aquí propuesta, ya que supone que el usuario debería seguir pagando las cuotas a la empresa de leasing, sólo que quien las soportaría finalmente sería el proveedor.

¹⁵¹¹ Esta limitación está contenida en el art. 10.1 CUAFI y 7.1 LMUL.

¹⁵¹² DE ÁNGEL YÁGÜEZ, ob. cit., p. 759.

¹⁵¹³ SCCI de 21 de enero de 1982 (397), caso en que se rechazó el recurso de casación contra la sentencia de la Corte de Apelaciones que había condenado al proveedor a indemnizar al usuario la suma que costó la contratación de tres trabajadores contratados para cumplir con el trabajo que debía ser desempeñado mediante el bien objeto de leasing.

poder utilizar el bien,¹⁵¹⁴ así como los daños adicionales a los de la prestación propiamente tal, denominados daños extrínsecos.¹⁵¹⁵ En el caso de la empresa de leasing el daño emergente a indemnizar estaría constituido por el derivado de la frustración del negocio.¹⁵¹⁶

El lucro cesante, por su parte, topa con los problemas propios de su prueba,¹⁵¹⁷ ya que debe tratarse de una ganancia que podía esperarse con razonable verosimilitud, según el curso normal de las cosas o según las circunstancias del caso.¹⁵¹⁸ Quizás por ello no hay muchas sentencias que se hayan pronunciado sobre el punto en el caso del leasing financiero,¹⁵¹⁹ aunque por parte de la doctrina se ha estimado procedente la indemnización de la carga financiera dejada de percibir por parte de la empresa de leasing,¹⁵²⁰ a lo que podría sumarse la pérdida de negocios con terceros, tanto de parte del usuario como de parte de la empresa de leasing.

¹⁵¹⁴ LAWRENCE CRAWFORD ASS'N FOR EXCEPTIONAL CITIZENS v. CONVERSOURCE, INC., Appellate Court of Illinois, Fifth District, 15 de agosto de 2012.

¹⁵¹⁵ DE ÁNGEL YÁGÜEZ, ob. cit., p.759; LLAMAS POMBO, ob. cit. (*Cumplimiento...*), p. 195-200. Ver también SCCI de 1 de octubre de 2004 (19657), en la cual se señala que no son indemnizables los intereses moratorios del retardo en el pago de las cuotas de leasing, por tener su causa en un incumplimiento del usuario; SCCI de 3 de abril de 1997 (2885), caso en que se condenó al proveedor a pagar al usuario a título de indemnización la suma a que el usuario había sido condenado a pagar a la empresa de leasing. En relación con este tipo de daños resulta ilustrativa la STS de 11 de junio de 2002 (RJ 2002/5824), según la que no se indemnizan los perjuicios derivados de oscilaciones en el tipo de cambio, por escapar a la influencia del vendedor; ni los perjuicios derivados de remuneraciones pagadas a trabajadores trasladados para recibir mercaderías no entregadas (salvo los gastos de desplazamiento), ya que tales remuneraciones debían pagarse de todas formas.

¹⁵¹⁶ CABANILLAS SÁNCHEZ, ob. cit. (*La resolución...*), p. 340; GUTIÉRREZ GILSANZ, ob. cit., p. 234; GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*Leasing financiero mobiliario...*), p. 205.

¹⁵¹⁷ ALBALADEJO, ob. cit., p. 210-211; DE ÁNGEL YÁGÜEZ, ob. cit., p. 760; FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAR, María Ángeles, *La resolución por incumplimiento en las obligaciones bilaterales*. La Ley, Madrid, 1998, p. 200-201.

¹⁵¹⁸ ALBALADEJO, ob. cit., p. 210; DE ÁNGEL YÁGÜEZ, ob. cit., p. 760.

¹⁵¹⁹ Ver, sin embargo, SCCI de 21 de enero de 1982 (397), caso en que se rechazó el recurso de casación contra la sentencia de la Corte de Apelaciones que había condenado al proveedor a indemnizar la mayor ganancia que el usuario habría obtenido con la producción que hubiese permitido el bien.

¹⁵²⁰ GARCÍA SOLÉ, ob. cit. (*La subrogación...*), p. 1.070; PURCARO, ob. cit. (*La locazione...*), p. 155; REAL PÉREZ, ob. cit. (*El incumplimiento...*), p. 422.

Otro daño específicamente relacionado con la resolución del contrato es el derivado de la operación sustitutiva.

El régimen de la compraventa en el Código Civil español no contempla expresamente la posibilidad de operación sustitutiva ni la indemnización de daños y perjuicios sufridos con ocasión de ella, lo que no ha impedido que se haya reconocido su procedencia,¹⁵²¹ calificando el perjuicio derivado de la compra sustitutiva como daño emergente.¹⁵²²

Puede apreciarse que la compra sustitutiva cobra sentido en caso de resolución del contrato,¹⁵²³ aunque también se le ha concebido como una forma de cumplimiento por equivalente.¹⁵²⁴ Sea como fuere, los textos antes mencionados coinciden en legitimar al comprador para demandar al vendedor, a título de indemnización, la diferencia entre el valor del bien objeto de la operación sustitutiva y el valor del bien fijado en el contrato de compraventa primitivo, sin perjuicio de habilitarle para reclamar la indemnización de los daños adicionales que se hayan producido.

¹⁵²¹ DIEZ-PICAZO, ob. cit., p. 789-790; DIEZ-PICAZO y GULLÓN, ob. cit., p. 214; LLAMAS POMBO, ob. cit. (*La compraventa*), p. 1.109; PÉREZ LÓPEZ DE BRIÑAS, ob. cit., p. 1.343; STS de 3 de septiembre de 2010 (RJ 2010/6950), aun cuando declaró la inexistencia de compraventa sustitutiva en el caso; STS de 14 de mayo de 2003 (RJ 2003/4749); STS de 11 de junio de 2002 (RJ 2002/5824). Ver también art. 1.516 CC italiano (que contempla la institución para la compraventa de bienes muebles que tienen un precio corriente); secciones 2-706 (venta sustitutiva) y 2-712 (compra sustitutiva) del UCC; art. 75 CNUCCIM, con influencia en el art. 7.4.5. PUCCI y el art. 9: 506 PDCE; art. 417-4 ACM.

¹⁵²² En este sentido se pronuncian las sentencias citadas en la nota anterior.

¹⁵²³ Así se concibe la operación sustitutiva en el art. 75 CNUCCIM, en el art. 7.4.5. PUCCI, el art. 9: 506 PDCE, en el art. 417-4 APL y en la sección 2-711(1) UCC. Ello se debe a que sólo una vez resuelto el contrato la parte recupera la libertad de disposición sobre el objeto de su prestación, pudiendo dedicarla a la operación sustitutiva. En este sentido, y en el ámbito de la CNUCCIM, SOLER PRESAS, Ana, Artículos 75 y 76. En AA.VV., *“La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena”*, Luis Diez-Picazo y Ponce de León (dir.), Civitas, Madrid, 1998, p. 613; STOLL, Hans y GRUBER, Georg, *Damages*. En Peter Schlechtriem e Ingeborg Schwenzer (eds.), *“Commentary on the UN convention on international sale of goods”*, Oxford University Press, Oxford, 2005 (3º edición), p. 775, quienes agregan que el mero incumplimiento, aunque sea esencial, no otorga libertad de actuación, mientras que la resolución deja claro que el contrato no se cumplirá, cancela el derecho de pedir cumplimiento y restablece la mencionada libertad.

¹⁵²⁴ Ver ORTI VALLEJO, ob. cit. (*La protección...*), p. 367-370, que califica la compra sustitutiva como una “sustitución unilateral por el comprador sin intervención de Tribunales”, aunque termina reconociendo que su efecto es el mismo que el de la resolución. Ver también el art. 1.516 CC italiano, que trata la compra sustitutiva bajo el título de “ejecución coactiva por incumplimiento del vendedor”.

Lo dicho anteriormente resulta extrapolable a la operación de leasing financiero en la que el usuario, tras resolver el contrato trilateral (o, en el lenguaje de la concepción bipartita: el contrato de compraventa y de leasing), debe tener derecho a que el proveedor le indemnice a título de daño emergente los perjuicios derivados de la operación sustitutiva con que tenga que cubrirse del incumplimiento, debiendo hacerse una distinción en función de la forma de cobertura empleada por el usuario. Así, si la operación sustitutiva consiste en una compraventa, la indemnización debería consistir en la diferencia entre el precio de la compra de reemplazo y el precio que tenía que pagar en virtud del contrato de leasing resuelto.¹⁵²⁵ En cambio, si la operación sustitutiva consiste en un nuevo leasing financiero, la indemnización debería consistir en la diferencia entre el valor total que el usuario deberá pagar en virtud de éste y el precio que tenía que pagar en virtud del contrato de leasing resuelto.¹⁵²⁶ Ello pues resulta altamente probable que el usuario termine asumiendo mayores costes en la operación que celebre para ponerse a cubierto del incumplimiento del proveedor.¹⁵²⁷ A ello debería sumarse la indemnización de los demás daños que el usuario pueda probar conforme a las reglas generales de la responsabilidad contractual.

Sin perjuicio de lo anterior, y en concordancia con lo dispuesto en las normas de Derecho Uniforme que regulan la materia, debería calcularse el resarcimiento en función

¹⁵²⁵ Ello pues el coste de la operación resuelta para el usuario no es el precio del contrato de compraventa suscrito entre el proveedor y la empresa de leasing, sino que el precio del contrato de leasing, uno de cuyos ítems será el precio de compraventa, según se expuso *supra* N° 10.2.2. Ver LAWRENCE CRAWFORD ASS'N FOR EXCEPTIONAL CITIZENS v. CONVERSOURCE, INC., Appellate Court of Illinois, Fifth District, 15 de agosto de 2012, donde se condenó al proveedor a indemnizar al usuario por la compra sustitutiva, aunque la Corte parece haber dispuesto el pago del precio total del bien sustitutivo, y no la diferencia entre éste y el precio del contrato resuelto. Lamentablemente, este asunto sólo aparece mencionado en la sentencia analizada, pero no se trató especialmente en ella, sin que se pueda recurrir a la sentencia de primera instancia (que debería contener un cálculo más detallado de la indemnización), ya que no está publicada.

¹⁵²⁶ Una solución similar se contempla en la sección 2A-519(1) UCC.

¹⁵²⁷ Ver STS de 26 de febrero de 1996 (RJ 1996/1264), en cuyo caso se resolvió tanto el contrato de compraventa como el contrato de leasing por incumplimiento del proveedor, y se condenó a éste a restituir el precio a la empresa de leasing y al mismo tiempo se le ordenó indemnizar al usuario la totalidad del precio pagado a una tercera empresa que proveyó directamente al usuario los equipos informáticos durante el tiempo en que los bienes objeto de leasing presentaron continuas fallas. Puede apreciarse que en este caso no se aplicó la norma de liquidación de daños explicada arriba, ya que el usuario celebró una nueva operación de leasing con otra empresa de leasing y con otro proveedor, pero respecto de ella nada se resolvió, sino que sólo se indemnizó la ya referida operación con que el usuario se cubrió temporalmente del incumplimiento del proveedor.

de una operación de reemplazo celebrada en un tiempo más o menos cercano al incumplimiento¹⁵²⁸ y en condiciones lo más similares posibles a las de la operación resuelta,¹⁵²⁹ evitando de este modo un perjuicio del proveedor o un posible aprovechamiento del usuario.

45. 4.- Acción indemnizatoria ejercitada de forma autónoma.

Sin perjuicio de lo expuesto en los puntos anteriores, cabe observar que el incumplimiento del proveedor puede causar un daño indemnizable a cualquiera de las otras dos partes de la operación, esté o no legitimada para el ejercicio de las demás acciones estudiadas. De esta manera, la acción indemnizatoria podrá ser ejercitada bien como complementaria a ellas, bien en forma independiente. El límite en este punto debe estar dado por la regla de *non bis in ídem* establecida en el art. 10.1 CUAFI y 7.1 LMUL, en cuanto a que el proveedor no puede quedar sujeto a indemnizar un mismo daño a la empresa de leasing y al usuario.

En este contexto la concepción bipartita puede generar un problema de falta de legitimación de la empresa de leasing. Ello porque, como se ha visto con anterioridad,¹⁵³⁰ uno de los efectos de la subrogación convencional (en especial en la tesis amplia, que asimila sus efectos a los de la cesión de crédito, y que parece ser seguida mayoritariamente en materia de leasing) consiste en que el subrogante o cedente (en este caso la empresa de leasing) queda desprovisto de legitimación contra el deudor (en este caso el proveedor). Aplicando este efecto al caso que nos ocupa se debería concluir que en el supuesto de incumplimiento del proveedor sólo el usuario tendría legitimación indemnizatoria contra

¹⁵²⁸ Puede observarse que el art. 7.4.5. PUCCI y el art. 9: 506 PDCE exigen que la compra de reemplazo se haga en un “tiempo razonable”, mientras que la sección 2-712 UCC exige que se haga “sin demora que no sea razonable”, idea que reitera el art. 1.516 CC italiano, que exige que la compra se haga “sin retardo”. Por su parte, el art. 75 CNUCCIM y el art. 417-4 APL aclaran que el plazo razonable se cuenta desde la resolución del contrato.

¹⁵²⁹ De esta forma se ha entendido el requisito de razonabilidad exigido en el art. 75 CNUCCIM. Ver en este sentido SOLER PRESAS, ob. cit., p. 615; ILLESCAS ORTIZ y PERALES VISCASILLAS, ob. cit., p. 231; STOLL y GRUBER, ob. cit., p. 776. Puede advertirse que tal exigencia está contemplada también en los arts. 7.4.5. PUCCI y 9: 506 PDCE, mientras que la sección 2-712(1) UCC requiere que se trate de una “compra razonable” y “de buena fe”. Ver también STS de 3 de septiembre de 2010 (RJ 2010/6950), en la que se señala que la compra sustitutiva debe versar sobre mercancías similares en calidad y cantidad.

¹⁵³⁰ Ver *supra* N° 22.2.8, letra A.

el incumplidor, de manera que si la empresa de leasing sufre algún daño debería demandar al usuario y resarcirse con la indemnización que el proveedor haya pagado a éste.¹⁵³¹ Esta cadena de reclamaciones indemnizatorias provoca la necesidad de un segundo juicio (con el gasto público y privado que ello implica), problema que frecuentemente se produce en la concepción bipartita como consecuencia de la fragmentación contractual.¹⁵³²

La posición de la empresa de leasing se verá aun más perjudicada en el supuesto de que el usuario no haya demandado la indemnización de daños y perjuicios al proveedor, ya que por una parte queda impedida de demandar a éste (por el efecto de la subrogación, como se vio) y, por otra parte, tampoco podrá demandar al usuario para resarcirse de la indemnización pagada a éste por el proveedor. Una forma de limitar este efecto podría ser la cláusula de subrogación específica en que la empresa de leasing se reserve el ejercicio de la acción indemnizatoria. Sin embargo, esto no es lo que sucede en la práctica (las cláusulas de subrogación suelen ser genéricas¹⁵³³). Por otra parte, se debe observar que alternativa dejaría sin legitimación indemnizatoria al usuario, cuya única forma de legitimación contra el proveedor en el contexto bipartito no regulado positivamente es precisamente la cláusula de subrogación.

La tesis unitaria, en cambio, conduce a un resultado claramente distinto, ya que la relación jurídica que existe entre usuario y proveedor no hace desaparecer la relación jurídica entre empresa de leasing y proveedor. Como consecuencia, tanto el usuario como la empresa de leasing pueden demandar al proveedor la indemnización de sus respectivos daños.¹⁵³⁴ En algunos casos el incumplimiento del proveedor causará perjuicios a uno de

¹⁵³¹ MARTÍN CASALS y RUDA RODRÍGUEZ, ob. cit., p. 851. La solución tiene lógica porque, como se verá *infra* N° 47, en el marco de la concepción bipartita debe entenderse que el usuario puede demandar al proveedor solamente los daños sufridos por la empresa de leasing, y no daños propios.

¹⁵³² Este fenómeno de dobles juicios en la concepción bipartita fue también observado respecto de las acciones emanadas de la evicción (*supra* N° 39), de las acciones por vicios ocultos (*supra* N° 40.2) y la acción resolutoria (*supra* N° 41.2).

¹⁵³³ Ver *supra* N° 22.2.1.

¹⁵³⁴ Al mismo resultado se puede llegar a partir de la sección 2A-209(2)(i) UCC (ver *supra* N° 24.2.4) y del art. 10.1 CUAFI (ver *supra* N° 24.3.2). El hecho de que ello esté contemplado en textos cimentados en la concepción bipartita no debe llevar a concluir que se trata de un efecto propio de dicha concepción. Por el contrario, el resultado de dichas normas proviene de una legitimación

los dos (generalmente al usuario),¹⁵³⁵ pero en otros supuestos un mismo incumplimiento del proveedor puede provocar daños distintos al usuario y a la empresa de leasing. Así, por ejemplo, si el bien se destruye por causa imputable al proveedor, el usuario sufrirá el daño de no poder utilizar el bien en su proceso productivo,¹⁵³⁶ mientras que la empresa de leasing quedará privada de la propiedad, así como de la garantía que directa o indirectamente constituye. Lo mismo sucede con la falta de entrega, caso en que el usuario no podrá utilizar el bien, mientras que la empresa de leasing podría también sufrir un daño por la lesión de su derecho sobre el bien y el aplazamiento del período de ejecución del contrato, con la siguiente carga financiera dejada de percibir durante el tiempo en que persista el incumplimiento.¹⁵³⁷

La única limitación de esta legitimación autónoma del usuario y empresa de leasing se encuentra en la regla de *non bis in idem* referida al principio de este epígrafe: el proveedor no puede quedar sujeto a la obligación de indemnizar a ambos por un mismo daño. En todo caso, esta coincidencia de daños no se dará con frecuencia, ya que si bien usuario y empresa de leasing son contrapartes del proveedor, son acreedoras de éste por obligaciones distintas, de manera que cada uno de ellos sufrirá por lo general daños de diversa índole, aunque deriven de un mismo hecho (el incumplimiento del proveedor).

legal, en cuyo contexto el legislador es libre para derogar mediante una acción directa otras normas que establezcan un efecto distinto (como sucedería en España con los efectos de la subrogación).

¹⁵³⁵ Por ejemplo, si el proveedor repara o sustituye el equipo defectuoso, el usuario puede sufrir pérdidas derivadas de la imposibilidad de utilizarlo entre la fecha de surgimiento de los desperfectos y la fecha de reparación.

¹⁵³⁶ Ver STS de 26 de noviembre de 2003 (RJ 2003/8354), donde la Audiencia Provincial condenó solidariamente al proveedor y al fabricante por la destrucción del bien causada por “*por un defecto originario o por la posterior o incorrecta instalación de nuevos elementos al vehículo*”. Si bien la Audiencia Provincial fundó acertadamente la responsabilidad del fabricante en las normas de responsabilidad extracontractual (art. 1.902 CC), no se explicita la fuente de la responsabilidad del proveedor, ni la fuente de la solidaridad. El Tribunal Supremo casó la sentencia por indeterminación del nexo causal entre la conducta de los demandados y el daño.

¹⁵³⁷ PURCARO, ob. cit. (*La locazione...*), p. 151, 155 y 164. Todo lo expuesto parte de la base que el precio (que la empresa de leasing no debería pagar mientras no se produzca la entrega) se pacta por regla general de forma nominal, mientras que las cuotas que la empresa de leasing deja de cobrar conllevan reajuste e intereses que no percibirá debido al incumplimiento del proveedor.

46.- NATURALEZA JURÍDICA DE LAS ACCIONES INDEMNIZATORIAS EJERCITADAS POR EL USUARIO.

Los ordenamientos jurídicos suelen contemplar principios, requisitos y efectos distintos para los dos estatutos básicos de responsabilidad (contractual y extracontractual). Tiene importancia, por tanto, calificar la acción indemnizatoria como parte de una u otra categoría, ya que la conclusión a que se llegue puede conducir a la aplicación de normas diversas.

Si se aborda el problema desde la óptica unitaria, resulta claro que la acción indemnizatoria ejercitada por el usuario contra cualquiera de las otras dos partes tiene naturaleza contractual, al estar vinculado con los sujetos pasivos mediante el contrato trilateral de leasing financiero.

Si, en cambio, se analiza el problema a partir de la concepción bipartita, el asunto puede llegar a plantear legítimas dudas, ya que en ella el usuario sólo está vinculado contractualmente con la empresa de leasing, siendo un tercero respecto del proveedor.¹⁵³⁸ De ello podría concluirse que el usuario tiene a su alcance dos acciones de responsabilidad: una contractual contra la empresa de leasing y otra extracontractual contra el proveedor.¹⁵³⁹

Sin embargo, en el marco de la concepción bipartita no suele plantearse esa como una alternativa (en realidad, ni siquiera se plantea esto como un problema que merezca ser aclarado), sino que se asume la naturaleza contractual de la acción de responsabilidad del usuario contra el proveedor, tanto si el usuario resulta legitimado mediante subrogación, mediante acción directa derivada de la conexión contractual, o de una acción directa legal.

En el ámbito de la subrogación convencional la naturaleza contractual de la acción puede ser corroborada porque en la tesis amplia de interpretación del art. 1.212 CC (que es

¹⁵³⁸ Ver *supra* N° 16.

¹⁵³⁹ Se daría en este caso lo que la doctrina ha venido denominando “tutela aquiliana del crédito”, en virtud de la cual el acreedor (en este caso el usuario) puede dirigirse por la vía de la responsabilidad extracontractual contra el tercero (en este caso el proveedor) que participe en el incumplimiento del deudor (en este caso la empresa de leasing), sea provocándolo de antemano o bien aprovechándose a posteriori del incumplimiento. Ver al efecto DE ÁNGEL YÁGÜEZ, ob. cit., p. 751; DIEZ-PICAZO, ob. cit. (Tomo II), p. 740-743; DIEZ-PICAZO y GULLÓN, ob. cit., p. 209-210. En el ámbito del leasing financiero parecen inclinarse por la naturaleza extracontractual de la acción indemnizatoria del usuario contra el proveedor DE LA CUESTA RUTE, ob. cit. (*Reflexiones...*), p. 574 y GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, ob. cit., p. 320, quien cita como fundamento el art. 1.902 CC.

la que parece seguir la gran mayoría de la doctrina y jurisprudencia españolas¹⁵⁴⁰) el subrogante (en este caso la empresa de leasing) transmite al subrogado (en este caso el usuario) el crédito que tiene contra el deudor (en este caso el proveedor), del mismo modo que en la cesión de crédito.¹⁵⁴¹ Sobre esta base, la doctrina y la jurisprudencia españolas presuponen la naturaleza contractual de la acción, al entender que producto de la subrogación el usuario puede ejercitar todas las acciones que corresponden a la empresa de leasing como compradora del bien.¹⁵⁴²

También otorgan naturaleza contractual a la acción indemnizatoria del usuario contra el proveedor quienes abogan por la existencia de una acción directa en base a la conexión contractual.¹⁵⁴³

Por último, se reconoce naturaleza contractual a la acción ejercitada por el usuario contra el proveedor sobre la base de las acciones directas legales estudiadas. Así se desprende del comentario oficial a la sección 2A-209 UCC (que consagra la acción directa), que cita como una de sus fuentes el *Restatement (Second) of Contracts*,¹⁵⁴⁴ en cuya virtud se considera al usuario como “tercero beneficiario” del contrato de compraventa, lo que lleva a concluir que la acción indemnizatoria ejercitada por él es la que emana del contrato de

¹⁵⁴⁰ Ver *supra* N° 22.2.5.

¹⁵⁴¹ Ver RUBIO GARRIDO, ob. cit., p. 173-174, quien no señala expresamente la naturaleza contractual de la acción, pero cita las normas que regulan la responsabilidad contractual para fundamentar la acción indemnizatoria del subrogado contra el deudor.

¹⁵⁴² Ver la doctrina y la jurisprudencia citada *supra* N° 45 y, en especial, GARCÍA GARNICA, ob. cit. (*El régimen jurídico...*), p. 201, Nota N° 39; GARCÍA SOLÉ, ob. cit. (*La subrogación...*), p. 1.070; GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*Leasing financiero mobiliario...*), p. 196 y 206; GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*En torno...*), p. 1.781; LÓPEZ FRÍAS, ob. cit. (*Sentencia...*), p. 118, que trata los efectos frente al usuario del incumplimiento del proveedor bajo el epígrafe “responsabilidad contractual del proveedor frente al usuario por incumplimiento del contrato de compraventa”, aunque trata dentro de él no sólo la acción indemnizatoria; RODRÍGUEZ-ROVIRA, ob. cit., p. 1.181; SANTOS SÁNCHEZ, ob. cit., p. 478; STS de 24 de mayo de 1999 (RJ 1999/3927), en ausencia de cláusula de subrogación; STS de 26 de febrero de 1996 (RJ 1996/1264).

¹⁵⁴³ Ver *supra* N° 23, y en especial LÓPEZ FRÍAS, ob. cit. (*Los contratos conexos...*), p. 46 y 313; PASQUAU LIAÑO, ob. cit., p. 20

¹⁵⁴⁴ ALI y NCCUSL, ob. cit. (*Official Comment*), sección 2A-209. Ver especialmente BRESLAUER, ob. cit., p. 332-339, quien argumenta que la sección 2A-209 sigue más de cerca la teoría del tercero beneficiario del contrato consagrado en el *Restatement of Contracts*, que la teoría de la cesión de contrato seguida en el art. 9 UCC (también citado como fuente).

compraventa,¹⁵⁴⁵ y no constituye un *tort*. La misma doctrina del “tercero beneficiario” fue adoptada por los arts. 10.1 CUAFI,¹⁵⁴⁶ 7.1 LMUL¹⁵⁴⁷ y 576-2 ACM,¹⁵⁴⁸ lo que conduce a la misma conclusión.

En suma, ambas concepciones del leasing financiero confluyen (aunque por distintas vías) en la naturaleza contractual de la acción indemnizatoria que el usuario puede dirigir contra el proveedor, lo que no deja de poner en evidencia que la conclusión resulta algo más difícil de alcanzar en el ámbito de la concepción bipartita, habida cuenta del principio de efecto relativo del contrato, que suele ser la piedra de tope para los efectos que se pretenden en el marco de la operación.

47.- DAÑOS INDEMNIZABLES AL USUARIO.

Como se ha visto anteriormente, tanto en la concepción bipartita como en la unitaria se legitima al usuario para reclamar al proveedor los daños y perjuicios derivados del incumplimiento de este último.¹⁵⁴⁹ El problema que se intenta dilucidar en este punto es si el usuario puede demandar al proveedor los daños que él mismo haya sufrido o si, por el contrario, sólo puede exigir la indemnización de los daños que haya podido padecer la empresa de leasing. Tal como sucede con casi todos los problemas asociados al leasing financiero, la respuesta dependerá de la concepción (bipartita o unitaria) que se adopte.

Si bien los seguidores de la concepción bipartita parecen asumir que el usuario puede reclamar al proveedor la indemnización de daños propios,¹⁵⁵⁰ se ha observado (con

¹⁵⁴⁵ Ver LAWRENCE CRAWFORD ASS'N FOR EXCEPTIONAL CITIZENS v. CONVERSOURCE, INC., Appellate Court of Illinois, Fifth District, 15 de agosto de 2012, caso en el que se condenó al proveedor a indemnizar al usuario por los daños derivados de la falta de entrega, fundando la condena en las normas de indemnización de daños y perjuicios del artículo 2 UCC, que regula la compraventa; LYON FIN. SERVS. V. PROTECH PLUMBING & HEATING, INC., Court of Appeals of Minnesota, 2 de marzo de 2004, donde la Corte asevera que la acción indemnizatoria por defectos en el bien debe dirigirse contra el proveedor, hacienda valer las garantías contenidas en el contrato de compraventa.

¹⁵⁴⁶ UNIDROIT, ob. cit. (*Draft convention...*), p. 38 y 64.

¹⁵⁴⁷ UNIDROIT, ob. cit. (*Official commentary*), p. 13.

¹⁵⁴⁸ Tal como se expuso supra N° 24.5.2, la redacción del art. 576-2 ACM está claramente influida por los instrumentos Unidroit, con las diferencias allí anotadas.

¹⁵⁴⁹ Ver supra N° 45.

¹⁵⁵⁰ GARCÍA GARNICA, ob. cit. (*El régimen jurídico...*), p. 203, quien señala que la legitimación del usuario para ejercitar la acción indemnizatoria contra el proveedor se funda en que éste ha sido el

razón a mi juicio) que si se funda su legitimación en las normas de la subrogación, éste no podría reclamar la indemnización de daños propios, sino que la indemnización debería limitarse a los daños sufridos por la empresa de leasing.¹⁵⁵¹ Esta observación tiene sentido si se tiene en cuenta que en el marco de la concepción bipartita el proveedor sólo está ligado contractualmente con la empresa de leasing,¹⁵⁵² y que el efecto propio del 1.209 CC (en el que mayoritariamente se ha sustentado la legitimación del usuario contra el proveedor) conduce a este resultado,¹⁵⁵³ ya que el proveedor no puede quedar frente al

perjudicado por el incumplimiento del proveedor; GONZÁLEZ CASTILLA, ob. cit. (*Leasing financiero mobiliario...*), p. 206, quien señala que el usuario puede demandar al proveedor la indemnización de “su total interés”; STS de 26 de febrero de 1996 (RJ 1996/1264), que condenó al proveedor a indemnizar al usuario perjuicios propios y denegó la indemnización de otros daños también propios no por su improcedencia, sino por falta de prueba; SAP de Girona de 11 de julio de 2000 (JUR 2000/295221) y STSJ de Navarra de 22 de mayo de 1992 (RJ 1992/6198), en las que los respectivos tribunales concluyeron que la “legitimación por sustitución” provocada por las cláusulas de exoneración y subrogación faculta al usuario para ejercitar “en nombre e interés propio” las acciones de la empresa de leasing contra el proveedor; STS de 23 de abril de 1991 (RJ 1991/3021), aunque sin pronunciarse expresamente (ya que el tema en análisis no fue motivo de casación), se desprende del Fundamento de Derecho 3º y 4.

¹⁵⁵¹ CAPPIELLO, ob. cit., p. 653, quien para salvar este inconveniente recurre a la tesis de la estipulación a favor de tercero; DE NOVA, ob. cit., p. 40; FOCESATO, ob. cit., p. 375-376; GARCÍA SOLÉ, ob. cit. (*La subrogación...*), p. 1.070, a propósito de la indemnización por vicios ocultos; GORGONI, ob. cit. (*Sulla qualificazione...*), p. 483, en referencia general a las acciones del usuario contra el proveedor; KRONKE, ob. cit., p. 326; MARTÍN CASALS y RUDA GONZÁLEZ, ob. cit., p. 849-851, a propósito de la indemnización como consecuencia de la resolución. Por su parte, GARCÍA GARNICA, ob. cit. (*El régimen jurídico...*), p. 201, Nota N° 39, pareciera adherir a esta tesis, ya que desde el punto de vista procesal califica la legitimación del usuario contra el proveedor como un supuesto de legitimación por sustitución, agregando que “el sustituto actúa en nombre propio y en una relación jurídico procesal propia, pero afirmando derechos subjetivos ajenos” (el subrayado es mío), pero dos páginas más adelante afirma la legitimación del usuario para reclamar la indemnización de daños propios al proveedor. En el ámbito de la cesión de créditos (si es que se sigue la tesis amplia de la subrogación que asimila los efectos de ésta a los de la institución mencionada), PANTALEÓN PRIETO, ob. cit., p. 1.104 entiende que la solución que se analiza (que el cesionario –usuario– sólo podría demandar el monto de los perjuicios sufridos por el cedente –empresa de leasing–) sólo se aplica cuando se trate del incumplimiento de un deudor no doloso que no tuvo conocimiento de la cesión y haya provocado al cesionario un daño mayor que el que hubiese podido sufrir el cedente si no hubiese cedido el crédito. Por el contrario, estima que el cesionario (usuario) podría demandar daños propios, sean mayores o menores a los que hubiese podido sufrir el cedente, cuando el deudor haya consentido la cesión.

¹⁵⁵² Ver *supra* N° 16.

¹⁵⁵³ GARCÍA SOLÉ, ob. cit. (*La subrogación...*), p. 1.070; MARTÍN CASALS y RUDA RODRÍGUEZ, ob. cit., p. 850.

usuario en una situación peor de la que estaría frente a su acreedor original (la empresa de leasing).¹⁵⁵⁴

Lo anteriormente expuesto conlleva efectos negativos tanto para el usuario como para la empresa de leasing. Para el usuario implica la obvia imposibilidad de obtener la reparación de daños propios, que en muchas ocasiones serán de mayor envergadura que los sufridos por la empresa de leasing;¹⁵⁵⁵ y conlleva la necesidad de probar en el juicio unos daños ajenos respecto de los que seguramente carecerá de medios probatorios. Para la empresa de leasing, por su parte, implica la imposibilidad de demandar al proveedor los daños sufridos (ya que la indemnización pagada por éste al usuario cubre precisamente el daño de la empresa de leasing),¹⁵⁵⁶ sino que debería dirigirse al usuario para que le entregase la suma que a la empresa de leasing corresponde en concepto de daños,¹⁵⁵⁷ lo que implica la necesidad de iniciar un nuevo juicio.¹⁵⁵⁸

En el marco de la tesis unitaria, en cambio, no hay duda en cuanto a que el usuario, al estar ligado con el proveedor por una relación contractual, ejercita una acción propia en

¹⁵⁵⁴ Ver *supra* N° 22.2.8, letra C). En el mismo sentido, BRAZIL, ob. cit., p. 48 critica la solución analizada, fundado en que la empresa de leasing no puede ceder al usuario más derechos de los que tiene.

¹⁵⁵⁵ FOUCHESATO, ob. cit., p. 376, para quien los daños indemnizables al usuario por esta vía serán prácticamente inexistentes; KRONKE, ob. cit., p. 326, agregando que la empresa de leasing generalmente no sufrirá pérdida, debido a la exoneración de responsabilidad y el principio de independencia, por lo que la reclamación del usuario se reducirá usualmente a cero; UNIDROIT, ob. cit. (*Draft convention...*), p. 62-63, donde se expresa que por esta vía se terminan indemnizando al usuario sólo daños nominales.

¹⁵⁵⁶ Por lo demás, y como ya se ha advertido, uno de los efectos de la subrogación consiste en la privación de legitimación a la empresa de leasing. Ver *supra* N° 22.2.8, letra A) y 45.4.

¹⁵⁵⁷ MARTÍN CASALS y RUDA RODRÍGUEZ, ob. cit., p. 850-851, quienes observan que de esta forma el usuario resulta doblemente perjudicado ya que, por una parte, no se le permitiría demandar sus propios daños al proveedor y, por otra, quedaría sujeto a entregar a la empresa de leasing la indemnización recibida. Señalan además estos autores que si el usuario tuviera daños adicionales y propios que reclamar, tendría que dirigirse contra la empresa de leasing, ya que es esta última la que “cercena” los derechos del usuario al exonerarse de sus obligaciones frente a él (lo que, agrego, implica también la tramitación de un nuevo juicio), y por el hecho de que el proveedor actuaría como un “auxiliar del cumplimiento” de las obligaciones de la empresa de leasing frente al usuario.

¹⁵⁵⁸ Nuevamente se advierte que las soluciones propias de la concepción bipartita conducen a la necesidad de juicios sucesivos sobre una misma materia. Ver al efecto *supra* N° 39 para el saneamiento por evicción, *supra* N° 40.2 para las acciones por vicios ocultos, *supra* N° 41.2 para la acción resolutoria y *supra* N° 45.4 para la acción indemnizatoria.

virtud de la que podrá demandar el resarcimiento de los daños sufridos en su patrimonio como consecuencia del incumplimiento del proveedor,¹⁵⁵⁹ acción que no impide a la empresa de leasing exigir la reparación de su propio daño, con la única limitación de que el proveedor no puede quedar sujeto a indemnizar un mismo daño a la empresa de leasing y al usuario.¹⁵⁶⁰

A un resultado similar se podía llegar en los textos que han regulado la acción directa del usuario contra el proveedor. Así, el ámbito de la indemnización de *consequential damages* en el UCC se ha entendido que si bien el asunto es discutible,¹⁵⁶¹ ante la duda debe prevalecer la protección del usuario, permitiéndole demandar la indemnización de los daños propios que haya podido sufrir. A modo de argumento se ha dicho que tales daños resultan previsibles para el proveedor, porque en la etapa de negociación previa ha tenido ocasión de conocer la naturaleza y características del negocio del usuario.¹⁵⁶² Esta conclusión puede ser confirmada por el hecho de que la sección 2A-209 UCC trata al usuario como “tercero beneficiario” del contrato de compraventa,¹⁵⁶³ es decir, como un acreedor adicional de las obligaciones del proveedor, solución que fue seguida por el art. 10.1 CUAFI,¹⁵⁶⁴ en base al cual se ha estimado que el usuario puede demandar al proveedor un daño propio que puede incluso ser mayor que el de la empresa de

¹⁵⁵⁹ CORBO, ob. cit., p. 208; PURCARO, ob. cit. (*La locazione...*), p. 164.

¹⁵⁶⁰ Ver *supra* N° 45.4.

¹⁵⁶¹ Ver BRESLAUER, ob. cit., p. 344, para quien el proveedor podría argumentar que, como en el comentario oficial se señala que sólo están prohibidas las “discriminaciones selectivas” (ver ALI y NCCUSL, ob. cit. (*Official Comment*), sección 2A-209), podría concluirse que los perjuicios indemnizables al usuario deben ser de la misma magnitud que los indemnizables a la empresa de leasing.

¹⁵⁶² BRESLAUER, ob. cit., p. 344-345, quien agrega que, por ser un tema interpretable, el usuario debería asegurarse de que su derecho a la indemnización de *consequential damages* no será desconocido, ya sea haciendo que se explicita en el contrato de compraventa, o bien pactándolo directamente con el proveedor en un acuerdo separado en base a la sección 2A-209(4). Ver también LAWRENCE CRAWFORD ASS’N FOR EXCEPTIONAL CITIZENS v. CONVERSOURCE, INC., Appellate Court of Illinois, Fifth District, 15 de agosto de 2012, donde se condenó al proveedor a indemnizar al usuario, a título de daños consecuenciales propios, la pérdida de ganancias derivada de la falta de entrega del bien.

¹⁵⁶³ Ver *supra* N° 24.2.4.

¹⁵⁶⁴ UNIDROIT, ob. cit. (*Draft...*), p. 64. Ver también BRAZIL, ob. cit., p. 48-49.

leasing,¹⁵⁶⁵ lo que también puede desprenderse del texto de la norma: si se impide que el proveedor responda ante concedente y usuario por el mismo daño, es porque cada uno de ellos puede demandar al proveedor por su propio daño, los que en algunas circunstancias podrían llegar a coincidir. El art. 10.2 CUAFI tiene proyección en el art. 7.1 LMUL y 576-2 APL.

No obstante lo expuesto, se debe aclarar que el hecho de que se pueda llegar a una conclusión de esta naturaleza en textos inspirados en la concepción bipartita no implica que se trate de una solución propia de esta concepción. De hecho, las opiniones vertidas para defender este resultado dejan en evidencia que no es un tema que haya sido previsto de forma consciente por parte de los redactores de los textos analizados. Más bien se trata de interpretaciones que, como tales, son discutibles y dejan al usuario a merced de los argumentos que pueda esgrimir su defensa, de los argumentos que oponga en contra el proveedor y, en definitiva, del criterio del juez. Por lo demás, incluso si se tratase de un efecto previsto conscientemente por el legislador, no deja de ser otro caso en que se pone de manifiesto su potestad para derogar mediante la acción directa otras normas de rango legal, como las relativas a la subrogación y al efecto relativo de los contratos.

48.- VALORACIÓN ANTICIPADA Y LIMITACIÓN DE LOS DAÑOS INDEMNIZABLES MEDIANTE CLÁUSULA PENAL.

De las varias funciones que puede cumplir la cláusula penal,¹⁵⁶⁶ interesa aquí la denominada función *liquidadora* de los daños y perjuicios que pueda causar el incumplimiento, en cuyo caso la cláusula penal es denominada *sustitutiva*, ya que

¹⁵⁶⁵ CUMING, ob. cit., p. 54, con fundamento en la alta probabilidad de que el proveedor tenga conocimiento del uso particular que el usuario pretende dar al bien. El autor afirma asimismo que el proveedor puede evitar esta responsabilidad adicional frente al usuario estableciendo cláusulas de exoneración en el contrato de compraventa (que redundarían en una disminución de facultades del usuario en base al art. 10.1) o bien consiguiendo el acuerdo de la empresa de leasing y del usuario para excluir la aplicación de la Convención en base al art. 5.1.

¹⁵⁶⁶ ALBALADEJO, ob. cit., p. 268-270; CASTÁN TOBEÑAS, ob. cit., p. 205-209; DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina, *La función liquidatoria de la cláusula penal en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Bosh, Barcelona, 1993, p. 23-31; DÍAZ ALABART, Silvia, *La cláusula penal*. Reus, Madrid, 2011, p. 54-59, 67-69 y 171-179; DIEZ-PICAZO, ob. cit. (Tomo II), p. 464; FELIÚ REY, Jorge, *Cláusula penal: naturaleza de la pena, moderación judicial y su posible configuración como título ejecutivo*. En *Anuario de Derecho Civil*, enero-marzo 2014, p. 176-180; GÓMEZ CALERO, Juan, *Contratos mercantiles con cláusula penal*. Civitas, Madrid, 1983 (2º edición), p. 83-93, con distinción entre la legislación civil y mercantil española.

sustituye la indemnización ordinaria.¹⁵⁶⁷ Ahora bien, dejando de lado la cláusula penal por incumplimiento de las obligaciones del usuario frente a la empresa de leasing,¹⁵⁶⁸ en virtud del objeto de este trabajo se centrará la atención en la cláusula penal que pudiera pactarse en el contrato de compraventa para el caso de incumplimiento de las obligaciones del proveedor.

En dicho supuesto el primer problema que se debe resolver consiste en determinar quién puede cobrar la cláusula penal.

Si se siguen los postulados de la concepción bipartita, tenemos que la cláusula en cuestión estará inserta en el contrato de compraventa, en el que sólo son parte el proveedor y la empresa de leasing. De ahí que, en principio, sólo esta última ostenta la calidad de acreedor de la cláusula, lo que resulta corroborado por el hecho de que es muy discutible que el usuario pueda cobrar la pena en calidad de subrogado. Si bien el tema no ha sido objeto de preocupación en materia de leasing financiero, sí se ha discutido en sede de análisis general. Si se sigue la tesis amplia de los efectos de la subrogación, hay quien entiende que al transferirse el crédito con todos sus accesorios (entre ellos la cláusula penal), el subrogado (en este caso el usuario) puede cobrar la pena, salvo pacto en contrario,¹⁵⁶⁹ mientras que en materia de cesión de créditos (a la que se asimilan los efectos de la subrogación en la tesis amplia), el tema ha sido objeto de discusión, habiendo

¹⁵⁶⁷ Este es el efecto propio que el art. 56 CdeC reconoce a la cláusula penal una vez verificado el incumplimiento, pudiendo también cumplir un efecto punitivo en la medida en que la pena sea de cuantía mayor al valor de la prestación incumplida. Ver al efecto GÓMEZ CALERO, ob. cit., p. 92-93. En el ámbito del Derecho Civil español, en cambio, el art. 1.152 CC reconoce *por regla general* esta función a la cláusula penal, aunque permite a las partes otorgarle otras mediante pacto. Ver al efecto CASTÁN TOBEÑAS, ob. cit., p. 207; DÍAZ ALABART, ob. cit., p. 174; DIEZ-PICAZO, ob. cit. (Tomo II), p. 465; FELIÚ REY, ob. cit., p. 180. Ver también STS de 27 de junio de 2007 (RJ 2007/3864) y arts. 9:509 PDCE y 7.4.13 PUCI.

¹⁵⁶⁸ Respecto de este punto puede consultarse al respecto UREÑA MARTÍNEZ, Magdalena, *La cláusula penal en el contrato de leasing*. Civitas, Madrid, 2003, *passim*; SAP de Sevilla de 9 de marzo de 2017 (JUR 2017/136948). Los ordenamientos que regulan el leasing financiero suelen tener también normas al respecto. Ver sección 2A-504 UCC; art. 13.3 CUAFI; art. 22 LMUL.

¹⁵⁶⁹ RUBIO GARRIDO, ob. cit., p. 172. A un resultado similar puede llegarse en los textos analizados que reglamentan la acción directa legal. En el ámbito del UCC, la sección 2A-209 transforma al usuario en acreedor de todas las obligaciones que haya asumido el proveedor en el contrato de compraventa, entre las que se puede encontrar la cláusula penal. Respecto de la cláusula de liquidación de daños en la sección 2A-209 ver ALI y NCCUSL, ob. cit. (*Official Comment*), sección 2A-209; BRESLAUER, ob. cit., p. 343; SCHOENFELD, ob. cit., p. 576. Este principio del UCC fue seguido por el art. 10.1 CUAFI (ver UNIDROIT, ob. cit. (*Draft convention...*), p. 64), de donde pasó al art. 7.1 LMUL y al 576-2 ACM.

opiniones en sentido favorable y en sentido negativo.¹⁵⁷⁰ Si, en cambio, se sigue la tesis restringida de la subrogación, (que aboga por la extinción del crédito como efecto de la subrogación convencional), el subrogado no puede invocar la cláusula penal.¹⁵⁷¹

En el marco de la tesis unitaria, en cambio, creo que el usuario sí tiene la calidad de acreedor de la cláusula penal, en virtud de la relación jurídica que le une con el deudor y que le permite actuar como acreedor directo de las obligaciones asumidas por el proveedor.¹⁵⁷² De hecho, lo más seguro es que si se pacta alguna cláusula penal sea como producto de lo acordado en el pacto previo existente entre usuario y proveedor, en el que se determinan los elementos esenciales de la enajenación del bien a la empresa de leasing,¹⁵⁷³ lo que viene a reforzar su legitimación.

Si se acepta la legitimación del usuario para reclamar la cláusula penal, surgen dos problemas: El primero consiste en determinar si la legitimación del usuario para reclamar la pena es excluyente, cumulativa o alternativa de la legitimación de la empresa de leasing, mientras que el segundo consiste en resolver si el usuario podría exigir al proveedor un indemnización de daños y perjuicios superior a la pena.

En lo que toca al primer problema planteado, si se siguen los postulados de la tesis bipartita, el efecto de la subrogación implica que la legitimación del usuario excluye la legitimación de la empresa de leasing,¹⁵⁷⁴ por lo que sólo el primero queda habilitado para reclamar la pena, de manera que si la empresa de leasing sufre un daño debería demandar al usuario para que le resarza de ellos,¹⁵⁷⁵ lo que provocará la existencia de un segundo juicio.

¹⁵⁷⁰ A favor de la transmisibilidad de la cláusula penal con el crédito cedido se pronuncia NAVARRO PÉREZ, ob. cit., p. 100-101. En contra, PANTALEÓN PRIETO, ob. cit., p. 1.109 opina que la cláusula penal no se transmite, salvo pacto en contrario.

¹⁵⁷¹ GALICIA AIZPURUA, ob. cit. (*La disciplina...*), p. 142.

¹⁵⁷² Ver *supra* N° 27.4.3.

¹⁵⁷³ Ver *supra* N° 27.4.1.

¹⁵⁷⁴ Ver *supra* N° 22.2.8, letra A).

¹⁵⁷⁵ Debe recordarse que, según se vio *supra* N° 47, como consecuencia de los efectos de la subrogación, la indemnización de daños y perjuicios que el usuario puede reclamar al proveedor cubre los daños sufridos por la empresa de leasing, por lo que ésta deberá dirigirse contra el usuario para resarcirse de su daño con la indemnización percibida (en este caso bajo la forma de pena convencional).

Por mi parte creo que, en concordancia con lo expuesto anteriormente,¹⁵⁷⁶ tanto el usuario como la empresa de leasing pueden demandar de forma autónoma los daños y perjuicios derivados del incumplimiento del proveedor. Si dichos daños fueron liquidados de forma anticipada mediante cláusula penal, el art. 56 CdeC otorga legitimación para reclamar la pena a *la parte perjudicada* por el incumplimiento, por lo que se hace necesario hacer una distinción: Si sólo uno de ellos sufre un daño derivado del incumplimiento del proveedor, esa parte (el *perjudicado*, que por regla general será el usuario) quedará legitimado para demandar el pago de la pena. El problema se presentará, entonces, cuando ambos resulten perjudicados, en cuyo caso la solución dependerá de la forma en que la cláusula penal haya sido pactada. En el Derecho español se ha entendido que la cláusula penal liquidatoria de daños y perjuicios puede ser pactada para cubrir los daños reales sufridos por el acreedor (en cuyo caso la pena puede ser aumentada o disminuida en función del daño real sufrido por el acreedor), o bien puede ser pactada como liquidatoria sin más precisión (en cuyo caso la suma a pagar por el deudor será indefectiblemente la estipulada).¹⁵⁷⁷ Si la pena fue pactada como liquidatoria de daños reales, usuario y empresa de leasing podrán demandar la pena conjunta o separadamente por el daño que respectivamente hayan padecido.¹⁵⁷⁸ Si, en cambio, la pena fue pactada como liquidatoria sin más precisión,¹⁵⁷⁹ el proveedor queda obligado a cumplir con la pena sin importar si el daño real es de cuantía superior o inferior a ella, por lo que la pena

¹⁵⁷⁶ Ver *supra* N° 45.4, donde se argumentó a favor de la autonomía de las acciones indemnizatorias del usuario y de la empresa de leasing contra el proveedor en caso de incumplimiento de este último.

¹⁵⁷⁷ ALBALADEJO, ob. cit., p. 268-269 y 272; DÍAZ ALABART, ob. cit., p. 172-174.

¹⁵⁷⁸ En este caso la cláusula penal es meramente estimatoria de los daños del acreedor, por lo que en definitiva se indemnizarán los daños realmente sufridos, lo que asemeja la situación a la indemnización de daños y perjuicios ordinaria, debiendo, en consecuencia, aplicarse lo dicho *supra* N° 45.4 en cuanto a la autonomía de las acciones indemnizatorias del usuario y de la empresa de leasing contra el proveedor.

La diferencia entre este tipo de cláusula penal y la indemnización ordinaria es, finalmente, de *onus probandi*, ya que si el daño real es inferior a la pena pactada la carga de probar la menor entidad del daño corresponde al deudor (proveedor), mientras que si el daño real es superior a la pena pactada la carga de probar la mayor entidad del daño corresponde al acreedor. En este sentido ver DÍAZ ALABART, ob. cit., p. 172-173. En definitiva, si uno de los dos acreedores obtiene el pago del total de la pena, el otro deberá demostrar su daño de acuerdo a las reglas generales.

¹⁵⁷⁹ En el ordenamiento español esta es la regla general, por lo que si nada se dice en el contrato debe entenderse pactada la cláusula como simplemente liquidatoria. Ver al efecto ALBALADEJO, ob. cit., p. 269; DÍAZ ALABART, ob. cit., p. 174 y 187.

constituye la única y total suma que el proveedor deberá pagar por los daños y perjuicios que el incumplimiento cause tanto al usuario como a la empresa de leasing.¹⁵⁸⁰ En este caso la obligación de pago de la pena puede calificarse como mancomunada indivisible, ya que no es susceptible de cumplimiento parcial,¹⁵⁸¹ por lo que podrá ser cobrada por ambos acreedores conjuntamente o por uno de ellos en beneficio de ambos.¹⁵⁸²

El segundo problema planteado consiste en que la cláusula penal podría ser utilizada por el proveedor como un instrumento para limitar los perjuicios indemnizables.¹⁵⁸³ Considerando que, en el supuesto de incumplimiento del proveedor el

¹⁵⁸⁰ En el mismo sentido, BRESLAUER, ob. cit., p. 344, en el ámbito del UCC, entiende que cuando en el contrato de compraventa se introduce una cláusula de liquidación de daños, el monto en ella estipulado es el que el proveedor debe pagar en total a la empresa de leasing (en su calidad de parte del contrato de compraventa) y al usuario (en su calidad de beneficiario de dicho contrato en base a la acción directa de la sección 2A-209). Dicha conclusión podría extenderse a los textos que siguieron al UCC para regular la acción directa.

¹⁵⁸¹ GÓMEZ CALERO, ob. cit., p. 188-197 analiza el asunto de la pluralidad de acreedores y/o deudores en función de la naturaleza (mancomunada, divisible o solidaria) de la *obligación principal*, sin distinguir la forma en que la cláusula penal ha sido pactada, como se ha hecho en este trabajo. Por mi parte, estimo que debe distinguirse la obligación principal (que puede tener cualquiera de las características mencionadas) de la *obligación que nace de la cláusula penal* (pagar la pena), que en el supuesto específico que estamos tratando tendrá carácter indivisible desde que el proveedor debe pagar la pena considerada como una suma única y total (ni más, ni menos que la pena), sin que pueda descomponerse en función del daño que haya sufrido la empresa de leasing y el usuario. En otras palabras, si se permitiera que la obligación de pagar la pena pudiera dividirse en función del daño sufrido por la empresa de leasing y/o el usuario se desnaturalizaría la cláusula penal pactada como simplemente liquidatoria del daño, ya que se estaría exigiendo que el acreedor acredite daño (lo que va contra la naturaleza de la cláusula penal, que exime al acreedor de esta carga), se estaría pagando la pena en función del daño (lo que acerca la situación a una cláusula penal liquidatoria de daños reales) y podría resultar que el proveedor termine pagando una suma menor a la pena pactada en caso de que sólo uno de los perjudicados demande su pago (en circunstancias que la pena simplemente liquidatoria se paga como suma fija y global, aunque el daño sufrido sea mayor o menor a la pena).

¹⁵⁸² En relación con el art. 1.139 CC, que consagra este tipo de obligaciones, la doctrina concuerda en que todos los acreedores pueden demandar el cumplimiento de la obligación conjuntamente, pero los criterios se separan ante la posibilidad de que uno de ellos demande individualmente. Por la negativa se pronuncia DIEZ-PICAZO, ob. cit. (Tomo II), p. 212-215, para quien existe litis consorcio activo necesario de los acreedores. Por la afirmativa se pronuncia, entre otros, CRISTÓBAL MONTES, Ángel, *La estructura y los sujetos de la obligación*. Civitas, Madrid, 1990, p. 240-246.

¹⁵⁸³ Ver DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, ob. cit., p. 55, para quien la cláusula penal funciona en la práctica como cláusula de limitación de responsabilidad cuando el daño real es superior a la pena pactada.

interés indemnizatorio recae más en el usuario que en la empresa de leasing, ésta tendrá poco incentivo para objetar tal limitación.¹⁵⁸⁴

Ante esta situación cabe preguntarse si el usuario podría acceder a la indemnización de daños y perjuicios por una suma superior a la pena, interrogante cuya respuesta dependerá nuevamente de la forma en que la cláusula haya sido pactada. Si lo fue como liquidatoria de daños reales, no cabe duda en cuanto a que podrá demandar el daño efectivamente sufrido, debiendo probar la mayor entidad del perjuicio efectivo por sobre el monto establecido como pena. La situación es más problemática en caso de que la cláusula haya sido pactada como simplemente liquidatoria, ya que, en principio, este tipo de cláusula penal sólo permite al acreedor reclamar la suma pactada como pena.¹⁵⁸⁵ No obstante lo anterior, se han planteado supuestos en que el acreedor puede llegar a reclamar perjuicios adicionales a la pena simplemente liquidatoria, como cuando el deudor (proveedor) se niegue a pagar la pena,¹⁵⁸⁶ cuando incumpla con dolo,¹⁵⁸⁷ cuando el

¹⁵⁸⁴ La empresa de leasing podría tener interés en oponerse a una limitación de indemnización por falta de entrega, ya que dicho incumplimiento del proveedor retrasa el inicio de la etapa de ejecución del contrato de leasing y, por tanto, el inicio de cobro de las cuotas. Sin embargo, tendrá poco interés en oponerse a la limitación de los daños y perjuicios a indemnizar por incumplimientos no esenciales que afecten al bien (por ejemplo, limitación de indemnización por reparaciones del bien), ya que en estos casos resulta protegida por la irrevocabilidad e independencia en virtud de la que seguirá cobrando las cuotas de leasing. En dicho supuesto será el usuario el mayor interesado en no limitar la indemnización, ya que es él quien sufrirá daños por no poder utilizar el bien. Ver en este sentido, BRESLAUER, ob. cit., p. 339, Nota N° 89, y p. 343, con referencia al pacto de exclusión de *consequential damages* por incumplimiento del proveedor en el UCC.

En todo caso, cabe aclarar que este peligro se presentará con mayor frecuencia en un esquema bipartito de dos contratos negociados separadamente (ver *supra* N° 22.2.9), pero no debería acaecer en un contexto unitario como el propuesto en este trabajo, según se expone al final de este epígrafe.

¹⁵⁸⁵ Así se ha planteado por un sector de la doctrina y la jurisprudencia española, que estima que el acreedor debe conformarse con la pena establecida aun cuando sufra daños por un valor superior, ya que de otro modo la cláusula penal perdería utilidad. En este sentido, ALBALADEJO, ob. cit., p. 268-269 y 272; STS de 27 de junio de 2007 (RJ 2007/3864).

¹⁵⁸⁶ ALBALADEJO, ob. cit., p. 271-272, quien señala que cuando el deudor no paga la pena voluntariamente y a tiempo, deberá pagar, además de la pena, intereses por demora; DÍAZ ALABART, ob. cit., p. 188.

¹⁵⁸⁷ ALBALADEJO, ob. cit., p. 272; DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, ob. cit., p. 59-60; DÍAZ ALABART, ob. cit., p. 188-189, con fundamento en el art. 1.102 CC.

acreedor demande daños extra patrimoniales,¹⁵⁸⁸ cuando aplicando la cláusula penal resulte un enriquecimiento injustificado para el deudor¹⁵⁸⁹ o, en fin, cuando la pena se manifieste exigua en relación a los daños efectivamente causados.¹⁵⁹⁰ Sin perjuicio de lo anterior, el usuario tendrá la opción de reclamar el cumplimiento de acuerdo a las reglas generales,¹⁵⁹¹ tiene acceso a la acción de indemnización de daños y perjuicios ordinaria para los incumplimientos no amparados por la cláusula penal,¹⁵⁹² tiene a su disposición la facultad moderadora del juez cuando resulte aplicable¹⁵⁹³ y siempre cabe la posibilidad de que la cláusula haya sido pactada de forma cumulativa.¹⁵⁹⁴

Finalmente, y en relación con el último supuesto analizado, vale la pena reiterar que el esquema bipartito de contratos separados negociados y redactados de forma

¹⁵⁸⁸ Según DÍAZ ALABART, ob. cit., p. 189-191 debe entenderse que, a menos que del contexto del contrato resulte lo contrario, al fijar la cláusula penal las partes están pensando normalmente en el resarcimiento de daños patrimoniales, por lo que el acreedor tendría abierta la posibilidad de reclamar daños extra patrimoniales.

¹⁵⁸⁹ *Ibidem*, p. 192.

¹⁵⁹⁰ *Ibidem*, p. 193, donde se expresa que el espíritu del art. 1.152 CC es que la pena sea equivalente a los daños y perjuicios causados, razón por la que la norma dice que la pena *sustituye* dichos daños, argumentando además que la norma no es una excepción a lo dispuesto en el art. 1.258 CC, en base al cual el acreedor debe tener abierta la posibilidad de reclamar daños adicionales a la pena irrisoria.

¹⁵⁹¹ Ello en virtud del art. 56 CdeC. Ver al efecto GÓMEZ CALERO, ob. cit., p. 131-132, para quien la “pena de indemnización” señalada en la norma no hace referencia al cumplimiento por equivalente, sino a la indemnización que el acreedor (en nuestro caso el usuario) puede reclamar en caso de resolución del contrato. En base a ello se puede concluir que si el usuario no opta por exigir la pena, tendrá acceso a todas las modalidades de cumplimiento, incluido el cumplimiento por equivalente.

¹⁵⁹² Para los dichos incumplimientos debe entenderse que no existe cláusula penal. En este sentido, ALBALADEJO, ob. cit., p. 269-270; DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, ob. cit., p. 33-34 y 57-59; FELIÚ REY, ob. cit., p. 198.

¹⁵⁹³ Ver GÓMEZ CALERO, ob. cit., p. 151 y 154, para quien el art. 1.154 CC es aplicable en el ámbito mercantil en el caso de cumplimiento defectuoso y cumplimiento tardío, aclarando que como la cláusula penal en el art. 56 CdeC está fijada para el supuesto de incumplimiento absoluto, y en este caso el acreedor ha obtenido parcialmente el cumplimiento o lo ha obtenido tardíamente, el juez debe modificar equitativamente la cuantía de la pena a un monto que, sumado a la prestación defectuosa o tardía que ha recibido, conlleve la íntegra satisfacción del acreedor.

¹⁵⁹⁴ Esta posibilidad está permitida por el art. 56 CdeC, siempre que se pacte de forma expresa. Ver al efecto GÓMEZ CALERO, ob. cit., p. 157-165. En el ámbito civil existe esta misma posibilidad en base al art. 1.153 CC español. Ver ALBALADEJO, ob. cit., p. 268-269; DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, ob. cit., p. 28; DÍAZ ALABART, ob. cit., p. 179-186; FELIÚ REY, ob. cit., p. 183.

independiente puede resultar perjudicial para las partes, en especial para el usuario.¹⁵⁹⁵ Por ello es que resulta mucho más protectora para las tres partes una situación de unidad contractual como la que se propone en este trabajo, donde todas ellas concurren como autoras de las reglas contractuales.

49.- RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL.

Por último resulta preciso hacer breve referencia a algunos supuestos de responsabilidad que, si bien no tocan de lleno al objeto de este trabajo, sirven para ilustrar el régimen de responsabilidad propio de la operación de leasing financiero, y para reforzar la convicción de que es el usuario (y no la empresa de leasing) quien se comporta como propietario del bien, aunque no llegue a serlo sino cuando ejerce la opción de compra.

49. 1.- Por parte del usuario contra la empresa de leasing y/o el proveedor.

Aparte de los casos ya analizados, es posible que el usuario sufra daños ajenos a la relación contractual que lo une con las otras dos partes de la operación, supuestos en los que el usuario podrá acceder a la acción de responsabilidad extracontractual. Ello podría darse, por ejemplo, en el caso de que los defectos del bien causen la muerte, o daños personales al usuario o sus dependientes.

Algunos de los ordenamientos estudiados se han preocupado de dar normas especiales a este respecto. Así, en el comentario de la Secretaría de Unidroit al art. 8.1(a) CUAFI¹⁵⁹⁶ se extiende la exoneración de la empresa de leasing a la responsabilidad extracontractual (*tort*) en que pueda incurrir frente al usuario en su calidad de arrendadora (por ejemplo, en caso de que el bien sea defectuoso o inseguro y cause la muerte o daños al usuario o a su propiedad).¹⁵⁹⁷ Una falta de responsabilidad de la misma naturaleza se ha propuesto en el derecho estadounidense.¹⁵⁹⁸

Esta exoneración de responsabilidad se fundamenta en la falta de intervención de la empresa de leasing en la selección del bien y del proveedor, y más generalmente en su

¹⁵⁹⁵ Esto es otra consecuencia de lo observado *supra* N° 22.2.9.

¹⁵⁹⁶ Esta norma tiene proyección en el art. 9 LMUL. Ver UNIDROIT, ob. cit. (*Official commentary*), N° 53.

¹⁵⁹⁷ UNIDROIT, ob. cit. (*Draft convention...*), p. 54-55 y 59-60.

¹⁵⁹⁸ HEERMANN, ob. cit., p. 326, Nota N° 106.

falta de *expertise* respecto de los aspectos técnicos del bien.¹⁵⁹⁹ De ello se colige que la empresa de leasing podría llegar a responder en la medida en que haya participado en dicha selección.¹⁶⁰⁰

En estas circunstancias, se puede decir que con carácter general el sujeto pasivo de la obligación de indemnizar será aquel a quien sea imputable el daño, sin que tenga relevancia la existencia o no de una relación contractual entre el usuario y el agente, por lo que en este punto carece de interés la concepción (unitaria o bipartita) que se adopte. En algunos limitados casos podrá ser la empresa de leasing, como cuando intervenga en la selección del bien, según se ha dicho. Pero en la mayoría de supuestos el sujeto pasivo de la acción será el proveedor, aunque perfectamente podría ser un tercero, como el fabricante del bien.¹⁶⁰¹

49. 2.- Por parte del usuario contra terceros.

Tanto en España¹⁶⁰² como en Italia¹⁶⁰³ se ha reconocido al usuario el ejercicio de la acción de responsabilidad extracontractual por las acciones u omisiones de terceros no

¹⁵⁹⁹ En el ámbito de la CUAFL, ver UNIDROIT, ob. cit. (*Draft...*), p. 60. En el ámbito del Derecho estadounidense, ver HEERMANN, ob. cit., p. 326, Nota N° 106.

¹⁶⁰⁰ UNIDROIT, ob. cit. (*Draft convention...*), p. 55 y 60, donde se expresa que el grado de intervención de la empresa de leasing en esta materia debe ser determinado en base a la ley nacional aplicable.

¹⁶⁰¹ UNIDROIT, ob. cit. (*Draft convention...*), p. 60, donde se señala como fundamento de la exoneración de responsabilidad la falta de *expertise* de la empresa de leasing respecto de los aspectos técnicos del bien, *expertise* que sí tiene el proveedor en su calidad de vendedor del bien o el fabricante.

En el ámbito del UCC la sección 2A-209(4) dispone que en adición a la acción contractual que se otorga al usuario contra el proveedor en la subsección (1), el usuario tiene contra el proveedor las acciones que deriven de otras normas de Derecho, referencia que se ha entendido referida justamente a la responsabilidad extracontractual por productos defectuosos. Ver ALI y NCCUSL, ob. cit. (*Official Comment*), sección 2A-209; HEERMANN, ob. cit., p. 326. Lo anterior no priva de las acciones que de acuerdo al *common law* correspondan contra terceros, por ejemplo, contra el fabricante. Ver en este sentido, HEERMANN, ob. cit., p. 327 y 328, aunque critica la falta de aclaración de este asunto por parte del UCC.

¹⁶⁰² MARTÍN CASALS y RUDA GONZÁLEZ, ob. cit., p. 849; Audiencia Provincial de Madrid de 10 de febrero de 2017 (JUR 2017/74055); STS de 26 de noviembre de 2003 (RJ 2003/8354) donde el usuario ejerció la acción indemnizatoria contra el proveedor (concesionario del fabricante) y contra el fabricante del bien. La sentencia de primera instancia, confirmada en segunda, condenó solidariamente a ambos demandados al no poderse determinar el responsable del daño, pero el Tribunal Supremo casó la sentencia por indeterminación del nexo causal entre la conducta de los demandados y el daño. Cabe poner de manifiesto que la Audiencia Provincial fundamentó la responsabilidad del fabricante en las normas de responsabilidad extracontractual (art. 1.902 CC

integrantes de la operación de leasing financiero que causen daños en el bien, sea que se adopte la concepción bipartita o la concepción unitaria del leasing.¹⁶⁰⁴

Si bien a primera vista el ejercicio de este tipo de acciones pudiera plantear problemas de legitimación del usuario por no ser propietario del bien, se ha entendido que ostenta tal legitimación en virtud de la estructura de riesgos que es propia del leasing financiero,¹⁶⁰⁵ que lleva al usuario a comportarse como propietario del bien,¹⁶⁰⁶ situación expresamente reconocida en el art. 576-1.1 ACM. Asimismo se sostiene que el usuario sufre un daño (siempre que se pruebe en el juicio)¹⁶⁰⁷ derivado de la falta de disponibilidad material del bien,¹⁶⁰⁸ que se materializaría en la lesión de un derecho real¹⁶⁰⁹ o personal,¹⁶¹⁰ según la tesis que se adopte.

español). Ver también la cláusula N° 7 de las condiciones generales del modelo de contrato de leasing financiero de AELR, donde se lee que *“No responde el arrendador financiero de las perturbaciones de mero hecho debidas a actos de terceros, contra los que el arrendatario financiero podrá ejercitar cuantas acciones incumben al poseedor inmediato y legítimo de los bienes para impedir o evitar dichas perturbaciones”*.

¹⁶⁰³ GRISAFI, ob. cit., p. 799-800; NARDI, ob. cit. p. 294, aunque concibe una legitimación concurrente de la empresa de leasing en cuanto propietario; PURCARO, ob. cit. (*La locazione...*), p. 102, 185 y 229-231; TORRESI, ob. cit., p. 248-249; SCCI de 12 de enero de 2011 (534); SCCI de 12 de octubre de 2010 (21011), a cuyo respecto cabe hacer notar que en el contrato se reservaba el ejercicio de la acción a la empresa de leasing, pero ésta autorizó por escrito al usuario para ejercer la acción indemnizatoria, documento al que la Corte de Mérito había restado validez; SCCI de 1 de julio de 2002 (9554).

¹⁶⁰⁴ GRISAFI, ob. cit., p. 798. En todo caso, de seguirse la tesis bipartita, el usuario no necesita recurrir a la cláusula de subrogación, ya que ésta se refiere a acciones que tienen como sujeto pasivo al proveedor, es decir, a las relaciones que se producen dentro del ámbito de la operación de leasing financiero. En este sentido, MARTÍN CASALS y RUDA GONZÁLEZ, ob. cit., p. 849.

¹⁶⁰⁵ Ver *supra* N° 28.2.5. En especial, ver GRISAFI, ob. cit., p. 798; NARDI, ob. cit. p. 292-294; TORRESI, ob. cit., p. 249; SCCI de 12 de enero de 2011 (534); SCCI de 1 de julio de 2002 (9554), donde se fundamenta la legitimación del usuario en que, no obstante haberse dañado gravemente el bien a causa de la conducta del demandado, deberá seguir pagando las cuotas a la empresa de leasing.

¹⁶⁰⁶ GRISAFI, ob. cit., p. 798, quien esgrime como fundamento para la legitimación del usuario contra el tercero el hecho de que el derecho de propiedad del concedente está sustancialmente vacío, o de alguna manera fuertemente comprimido, mientras que el usuario goza plenamente del bien; NARDI, ob. cit. p. 294.

¹⁶⁰⁷ GRISAFI, ob. cit., p. 798; NARDI, ob. cit. p. 294; SCCI de 12 de octubre de 2010 (21011).

¹⁶⁰⁸ GRISAFI, ob. cit., p. 797-798; NARDI, ob. cit. p. 294; TORRESI, ob. cit., p. 249.

¹⁶⁰⁹ GRISAFI, ob. cit., p. 799, que habla de la “lesión de una suerte de derecho real de goce” que ostentaría el usuario sobre el bien.

Sin perjuicio de lo anteriormente dicho, se ha entendido que el tercero responsable debe quedar a cubierto de una demanda posterior de la empresa de leasing en que se reclame el mismo daño.¹⁶¹¹

49. 3.- Por parte de terceros contra el usuario.

En virtud del sistema de riesgos propios del leasing financiero, el usuario asume el riesgo de responder frente a terceros por los daños que estos sufran con ocasión del uso del bien por parte del primero.¹⁶¹² Ello tanto si se adopta la concepción unitaria como la bipartita.

Así se ha entendido también en los textos que regulan el leasing financiero, como el art. 576-1.1 APL, en virtud del que el usuario asume todos los riesgos inherentes a la propiedad del activo. Otro tanto sucede en los arts. 8.1(b) y (c) CUAFI¹⁶¹³ y el art. 9 LMUL, aunque con un mayor alcance de la exoneración de responsabilidad del concedente bajo esta última norma. En efecto, el art. 8.1 CUAFI incluye la responsabilidad de la empresa de leasing sólo en su calidad de arrendadora (excluyendo la responsabilidad en cualquier otra

¹⁶¹⁰ TORRESI, ob. cit., p. 249, quien se funda tanto en principios generales como en el art. 1.585 CC italiano, referido al contrato de arrendamiento.

¹⁶¹¹ GRISAFI, ob. cit., p. 798; SCCI de 12 de octubre de 2010 (21011).

¹⁶¹² Ver *supra* N° 28.2.5. En especial, ver SANTOS SÁNCHEZ, ob. cit., p. 478; *supra* N° 28.2.5, donde se menciona la obligación de aseguramiento del bien que asume el usuario. En Italia ver DE NOVA, ob. cit. (Il contratto...), p. 44; NARDI, ob. cit., p. 294; PURCARO, ob. cit. (La locazione...), p. 102 y 229-231, con fundamento en el art. 2.051 CC italiano, que hace responsable por daños a terceros a quien tenga una cosa bajo custodia.

¹⁶¹³ UNIDROIT, ob. cit. (Draft convention...), p. 60, donde se justifica la exoneración de la empresa de leasing en que ésta, por regla general, no incurrirá en responsabilidad frente a terceros, especialmente en aquellos ordenamientos que exigen algún grado de negligencia del demandado, debido a la neutralidad técnica del concedente que se reflejará en el desconocimiento de la inseguridad del bien; y en que la norma refleja la situación de muchos países del *common law* donde se atribuiría la responsabilidad al usuario por tener la posesión del bien. Asimismo se señala que el impacto de la norma sería mayor en aquellos ordenamientos que han expandido la responsabilidad objetiva por productos defectuosos, como resultado del cual la empresa de leasing podría estar expuesta a responsabilidad objetiva por el solo hecho de entenderse que ha puesto el bien en el tráfico comercial. En sentido diverso, CUMING, ob. cit., p. 63. Por su parte, FLORES DOÑA, ob. cit., p. 204 critica la norma desde dos puntos de vista: Por ser más propia de un texto general de contratación internacional que de uno específico sobre leasing; y porque el art. 8.1(b) deja entregada la solución definitiva al Derecho nacional aplicable.

calidad, como la de propietario),¹⁶¹⁴ mientras que el art. 9 LMUL amplía la exoneración a la calidad de propietario del bien.¹⁶¹⁵ Por otra parte, cabe observar que el art. 8.1(b) exonera al concedente respecto de los daños “causados por el equipo”, mientras que la segunda exonera de los daños “causados por el activo o *por el uso* de dicho activo”, con lo que se pone en evidencia que la responsabilidad recae en el usuario, por ser quien utiliza el bien en su proceso productivo.¹⁶¹⁶

Sin perjuicio de lo correcto de la asignación de este riesgo al usuario, creo que debería distinguirse en función de si el daño se produce con ocasión del uso del bien (en cuyo caso debería responder el usuario, según se ha visto), o por un defecto propio del bien, en cuyo caso debería responder el fabricante,¹⁶¹⁷ sea de forma inmediata (demanda intentada por la víctima directamente contra el fabricante) o de forma mediata (demanda intentada por la víctima contra el usuario, quien queda facultado para recuperar la indemnización pagada dirigiéndose contra el fabricante),¹⁶¹⁸ según las normas procesales del respectivo ordenamiento.

¹⁶¹⁴ Ver BRAZIL, ob. cit., p. 46-47, que en base a lo señalado por el comentario oficial de la Convención considera que si el fundamento de la demanda del tercero consiste en que el demandado ha puesto el bien en el tráfico comercial (es decir, su calidad de arrendador), regirá la exoneración y que, en cambio, si el fundamento de la demanda consiste en cualquier otra calidad del demandado (como por ejemplo la de propietario del bien), no regirá la exoneración.

¹⁶¹⁵ UNIDROIT, ob. cit. (*Official commentary*), p. 51-53, donde se aclara que la responsabilidad en cuanto arrendador se refiere a la que podría emanar en el curso de cumplimiento de las obligaciones de la empresa de leasing y que la exoneración en cuanto propietario se fundamenta en que si bien dicha empresa es formalmente dueña del bien, su función es la de mera intermediaria financiera entre proveedor y usuario. Por otra parte, vale la pena tener presente que el art. 9 limita la exoneración a la calidad de propietario del concedente “dentro de los límites de la transacción”, por lo que el comentario oficial aclara que la norma no exime a la empresa de leasing de la responsabilidad que le quepa en base a otras fuentes, como actos fraudulentos o aquellos que ejecute fuera de los límites documentados de la operación, así como la responsabilidad frente al Estado que incorpore la ley modelo o la responsabilidad derivada de obligaciones internacionales de dicho Estado. Por su parte, BEY, ob. cit., p. 618 señala que esta exoneración cubre la responsabilidad objetiva del propietario-arrendador en materia de polución, entre otras, y que de no ser aplicable, éste responderá de acuerdo a las normas de Derecho común.

¹⁶¹⁶ BACKOVIC, ob. cit., p. 866-867.

¹⁶¹⁷ *Ibidem*, p. 866. En contra, aunque con dudas, DE PRADA GONZÁLEZ, ob. cit., p. 667-670, para quien debería responder, en principio, la empresa de leasing, en calidad de propietaria del bien, teniendo la cláusula de asignación de riesgo sólo un efecto inter partes que permitiría a dicha empresa repercutir en el usuario la indemnización pagada al tercero.

¹⁶¹⁸ Por analogía, ver STS de 27 de octubre de 1983, donde se condenó al proveedor de fuel-óleo a reembolsar a su comprador la indemnización que éste, a su vez, tuvo que pagar a terceros por los

50.- CONCLUSIONES.

1.- Tradicionalmente se ha abordado el estudio del leasing financiero entendiendo que se trata de una operación económica que involucra los intereses de tres individuos (proveedor, empresa de leasing y usuario), pero que al momento de “juridificarse” se escinde en dos contratos completamente diferenciados, aunque conexos: una compraventa y un contrato de leasing propiamente dicho. Esta concepción del leasing financiero es la que he denominado “bipartita”.

Frente a esta concepción existe otra, que he llamado “unitaria”, que no separa el aspecto económico del aspecto jurídico de la operación, al entender que en ambas dimensiones participan las tres partes, dando lugar a una sola estructura económico-jurídica.

2.- La concepción bipartita concita los más numerosos apoyos en la doctrina y la jurisprudencia española, y a estas alturas pareciera que sus postulados resultan incuestionables, habida cuenta de las escasas insinuaciones a favor de la concepción unitaria, y del relativo desinterés en el estudio del leasing financiero durante los últimos años, que parece dar a entender que permanecen firmes los argumentos planteados a favor de la concepción bipartita durante el apogeo de su estudio en la década de los noventa y la primera década de este siglo.

Sin embargo, el análisis detallado de sus fundamentos y efectos pone en evidencia su debilidad, que puede apreciarse desde dos puntos de vista: desde la perspectiva del análisis general de su estructura jurídica, y en razón de las técnicas utilizadas para legitimar al usuario contra el proveedor.

2. A.- Desde el punto de vista de su estructura, la concepción bipartita demuestra una debilidad que deriva del hecho de descansar sobre un cimiento muy poco estable, que es la conexión contractual, cuyo concepto, requisitos y efectos son sumamente discutidos, al punto que en el estado actual de su desarrollo no es posible concebir una “teoría general de la conexión contractual” que permita cobijar los supuestos de hecho tan heterogéneos que han sido calificados como contratos vinculados. En otras palabras, si no existe una

daños que estos sufrieron en sus cultivos producto de un siniestro provocado por una concentración de azufre mayor que la pactada en la sustancia vendida.

categoría autónoma denominada conexión contractual, no se puede decir que el leasing financiero forma parte de dicha categoría.

La imposibilidad de calificar el leasing financiero como un supuesto de conexión contractual queda más clara si se intenta aplicar a aquel los requisitos (discutiblemente) atribuidos a ésta, ya que ni hay criterios claros para dirimir la existencia de uno o dos contratos en una misma operación (para así excluir la concepción unitaria), ni hay criterios claros para fundamentar la conexión entre ellos. La situación es peor aun en materia de efectos de la conexión contractual, ya que estos son sumamente discutidos, no son comunes a todos los casos calificados como contratos conexos, y si se trasladan dichos efectos al leasing tenemos que no todos ellos son aplicables en este terreno.

Sin perjuicio de todo lo expuesto, la concepción bipartita del leasing financiero, al igual que la conexión contractual, encuentra un escollo difícilmente superable en el principio de efecto relativo del contrato, ya que los efectos de ambas son inconciliables con éste. Ello lleva a los defensores de la concepción bipartita a emplear argumentaciones contradictorias que por un lado (para descartar la concepción unitaria) aplican rigurosamente el principio, pero por otro lado (para compatibilizar el principio con los efectos propios del leasing) lo interpretan de manera tan amplia que prácticamente lo desfiguran, llegando a decir, por ejemplo, que usuario y proveedor no son en realidad terceros, o que son contratantes mediatos.

En vista de todo lo expuesto se puede concluir que, desde el punto de vista de su configuración jurídica, la concepción bipartita exhibe notables debilidades.

2. B.- En cuanto a la legitimación del usuario contra el proveedor, las técnicas planteadas en el ordenamiento español no permiten el desarrollo eficaz de uno de los efectos propios del leasing financiero, que es posibilitar una amplia actuación del primero frente al segundo, de manera que los problemas relativos al bien sean solucionados directamente entre los reales interesados, manteniendo al margen a la empresa de leasing, cuya función es estrictamente financiera.

En primer lugar, la acción directa derivada de la conexión contractual tiene un carácter meramente teórico, ya que hasta ahora no ha sido acogida por la jurisprudencia, y tiene el insuperable problema de chocar frontalmente con el principio de relatividad contractual, que impide establecer por la vía hermenéutica una excepción tan flagrante a un principio legalmente consagrado.

Menos discutible podría parecer la técnica de las cláusulas de exoneración/subrogación, que sí ha sido ampliamente reconocida doctrinaria y jurisprudencialmente. Sin embargo, un estudio en profundidad deja al descubierto sus debilidades, como se expone a continuación.

Si en el marco de la concepción bipartita se pretende legitimar al usuario contra el proveedor manteniendo al margen a la empresa de leasing, el usuario debe pasar por dos etapas sucesivas. La primera es descartar que el legitimado pasivo de la respectiva acción sea la empresa de leasing, ya que ésta tiene dicha calidad de manera originaria en aplicación del principio del efecto relativo del contrato: es su única contraparte. Una vez superada esta etapa, el usuario debe pasar un obstáculo de mayor envergadura, que consiste en determinar si la cláusula de subrogación es apta para dejar sin efecto el principio de efecto relativo del contrato y, en consecuencia, lo legitima para ejercitar el remedio respectivo contra el tercero que es el proveedor, cuyas obligaciones emanan de un contrato en que el usuario no es parte.

La primera de las etapas será a menudo superada, ya que las empresas de leasing suelen exonerarse de casi todas las obligaciones que en la estructura bipartita le corresponderían como arrendadora. Sin embargo, hay varios casos en que se ha discutido la licitud de la cláusula de exoneración, o bien se ha estimado que no se cumple con sus requisitos de validez (que la empresa de leasing no actúe con dolo o culpa grave y que se introduzca la cláusula de subrogación). En todos estos casos la primera etapa no habrá sido superada y, en consecuencia, el usuario deberá ejercitar la acción respectiva contra la empresa de leasing, aunque se atente contra los fundamentos de la cláusula de exoneración (función financiera de la empresa de leasing, evitar la cadena de juicios usuario - empresa de leasing - proveedor y necesidad de que el usuario reclame directamente contra el proveedor elegido por él). Ello sucede en los casos de falta de entrega, evicción, actuación dolosa de la empresa de leasing (por ejemplo, cuando la falta de entrega se deba a la falta de pago del precio al proveedor, cuando conozca de antemano los vicios del bien, cuando la falta de conformidad se deba al incumplimiento de las instrucciones dadas por el usuario), o cuando exista exoneración sin subrogación. La mayoría de tales supuestos son muy discutidos al interior de la concepción bipartita, lo que deja al usuario en una situación de incertidumbre. Dicha incertidumbre es aún mayor si se tiene en cuenta que la construcción expuesta deja sin solución los casos en que la empresa de leasing actúe con culpa leve, o cuando sea el proveedor quien actúe dolosa o

culpablemente. En todos estos casos el usuario no podrá saber de antemano si el juez estimará que su acción debe dirigirse contra el proveedor o contra la empresa de leasing, ya que hay doctrina y jurisprudencia en ambos sentidos.

Como puede apreciarse, ya en esta primera etapa hay un cúmulo de casos en que no se cumple el objetivo de legitimar al usuario contra el proveedor y mantener a la empresa de leasing al margen de las reclamaciones extra-financieras. En todos ellos, aparte de dejar al usuario en una situación de incertidumbre, se contradice el fundamento de la cláusula de exoneración y se echa por tierra el carácter financiero de la operación, que queda configurada como un mero arrendamiento entre el usuario y la empresa de leasing, al sacar de escena al proveedor. Sin perjuicio de todo ello, creo que el establecer una legitimación tan amplia del usuario contra la empresa de leasing muchas veces empeora la situación del usuario, ya que en la mayoría de los casos dicha empresa no estará en una buena posición para satisfacer las pretensiones de aquel (aunque se le otorgue la calidad de arrendadora, no deja de ser un establecimiento financiero de crédito), bien porque la obligación debe ser cumplida indefectiblemente por el proveedor (la entrega por ejemplo, ya que el bien estará en su poder), bien porque en caso de querer cumplir el contrato (por ejemplo, efectuando una compra sustitutiva a otro proveedor) incurriría en un incumplimiento del contrato de leasing financiero, al adquirir el bien de un proveedor que no es el designado por el usuario en el contrato, y que puede no ser aprobado por éste.

Para evitar todo esto y mantener el carácter financiero de la operación, se busca legitimar al usuario contra el proveedor. Pero si se logra superar la primera etapa, la segunda ofrece mayores dificultades. Ello pues la técnica de legitimación utilizada en la práctica española consiste en aplicar la subrogación convencional, institución que fue diseñada para un supuesto de hecho absolutamente diverso (pago de una deuda por parte de un tercero), por lo que al trasladar sus efectos al leasing financiero no se logra la amplia legitimación que se busca. Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia se limitan a citar los arts. 1.209 y 1.212 CC y en base a ellos (o incluso sin ellos) se concede al usuario una legitimación *más amplia que la más amplia* concebida en materia de subrogación (compatible más bien con una cesión de contrato, que claramente no se da en materia de leasing), sin que se proporcione argumento alguno para descartar algunas interpretaciones más restringidas de sus efectos, y sin justificar cómo es que por esta vía se puede llegar a derogar el efecto relativo del contrato, legitimando al usuario para ejercitar los remedios

de un contrato en que no ha sido parte (el de compraventa) contra un sujeto que a su respecto es un tercero (el proveedor).

Por el contrario, parece haberse asumido con bastante naturalidad, sin mayores cuestionamientos, la afirmación de que *el usuario puede ejercitar contra el proveedor todos los derechos y acciones que a la empresa de leasing corresponden en virtud del contrato de compraventa, en las mismas condiciones que podría hacerlo dicha empresa como compradora*. Creo que esta afirmación es falsa o, a lo menos, sumamente discutible, ya que no es aplicable de forma indubitada a ninguno de los remedios del usuario por incumplimiento del proveedor, incluso si se sigue la tesis más amplia de los efectos de la subrogación, que los hace equivalentes a los de la cesión de crédito. En efecto, el usuario podría ejercitar contra el proveedor la acción de cumplimiento en virtud de la tesis amplia de la subrogación, pero no si se aplica la tesis restringida. Tampoco es claro que pueda ejercitar por sí mismo las acciones de saneamiento por vicios ocultos, ya que en materia de cesión de crédito se ha dicho que ellas deberían ser ejercitadas por el cesionario (usuario) con el concurso del cedente (empresa de leasing). La posibilidad de que la acción de evicción sea ejercitada por el usuario contra el proveedor es discutida en el propio leasing financiero, por lo que ni siquiera es necesario trasladar los efectos de la subrogación a este campo. Tampoco podría el usuario ejercitar la acción indemnizatoria de daños y perjuicios contra el proveedor para pedir el resarcimiento de daños propios, sino que debería limitarse a los que haya podido sufrir la empresa de leasing (que normalmente serán menores). El problema más delicado se presenta con la legitimación del usuario para ejercitar la acción resolutoria del contrato de compraventa, ya que para llegar a este resultado serían necesarios argumentos muy contundentes que permitan pasar por sobre el efecto relativo del contrato. Sin embargo, esta legitimación resolutoria ha sido justificada de forma muy genérica por parte de la doctrina, y el Tribunal Supremo la ha acogido sin ningún fundamento, pese a las opiniones doctrinales y jurisprudenciales en sentido contrario que existen tanto en materia de leasing como en materia de cesión de crédito.

Sin perjuicio de lo anterior, la técnica analizada presenta el problema adicional de que se hace depender la legitimación del usuario exclusivamente de unas cláusulas de exoneración y subrogación que son redactadas unilateralmente por la empresa de leasing, quien puede darles mayor o menor amplitud a su entero arbitrio. Y por si esto fuese poco, al estructurarse la operación sobre la base de dos contratos independientemente, el usuario queda vinculado por las renunciaciones de acciones que pueda hacer la empresa de leasing en

el contrato de compraventa sin consentimiento del usuario, ya que estas acciones renunciadas no formarán parte de la subrogación.

3.- Si la concepción bipartita presenta todos estos problemas, merece la pena preguntarse si no es posible reconocer que en la práctica es el usuario el que se comporta en todo momento como comprador frente al proveedor, y que la función de la empresa de leasing se limita a financiar la operación. Debe reconocerse que ello se ha intentado, pero al haberse hecho en los términos de la concepción bipartita, no se ha logrado hacer compatible la regulación jurídica con la realidad de la operación.

En efecto, si se analiza la evolución de criterios acerca de la naturaleza jurídica del contrato de leasing financiero en la concepción bipartita, puede apreciarse que se ha ido abandonando la primigenia tesis del arrendamiento para dar paso a otras que dan preeminencia al carácter financiero de la operación, evolución que culmina con la tesis del contrato de financiación atípico.

En este proceso los seguidores de la concepción bipartita han ido reconociendo las relaciones previas entre usuario y proveedor, dirigidas a determinar el bien, el precio, lugar y términos de la entrega y las condiciones de la garantía, entre otros aspectos. Sin embargo, para ser fieles a la estructura de dos contratos separados le restan relevancia, ya que sería impropio reconocer que los elementos esenciales del contrato de compraventa son negociados y fijados por el vendedor y por un tercero, como es calificado el usuario.

Asimismo, a fin de intentar mantener una cierta coherencia con la estructura bipartita, han ideado una serie de razonamientos para explicar el hecho de que en la práctica el proveedor cumple sus obligaciones de vendedor respecto del usuario, que es un tercero, y no respecto de la empresa de leasing que es su contraparte, debate que se ha dado principalmente con la obligación de entrega del bien.

Estas y otras características propias del leasing financiero han hecho que los mismos partidarios de la concepción bipartita terminen por reconocer que la función de la empresa de leasing es financiera y que los verdaderos interesados en los aspectos relativos al bien son el usuario y el proveedor, lo que hace necesario legitimar ampliamente al primero contra el segundo para ejercitar los remedios que le permitan hacer efectivas las obligaciones del proveedor. Pero como en la estructura bipartita el usuario y el proveedor son terceros, deben recurrir a las técnicas descritas en los números anteriores, que aparte

de no cumplir adecuadamente el objetivo planteado, resultan débiles en su fundamento y provocan problemas adicionales.

Frente a este panorama, en algunos ordenamientos ha intervenido el legislador. Pero la vía de solución adoptada en los textos estudiados consiste en mantener la estructura bipartita, introduciendo normas que a grandes rasgos vienen a dar carácter legal a las cláusulas de exoneración y subrogación, con la diferencia de que el legislador es libre para instaurar excepciones a un principio de rango legal como es el efecto relativo del contrato, gozando de amplia libertad para regular los efectos de la operación, en especial la acción directa. Sin embargo, es importante observar que todos los textos reglamentan la acción directa tratando al usuario como acreedor de las obligaciones del proveedor, “como si fuera parte del contrato de compraventa”, es decir, queriendo establecer entre ellos una inconfesada relación contractual. Con ello se busca evitar los efectos adversos de la concepción bipartita, y en buena manera lo consiguen. Sin embargo, se trata de una solución que atenta contra la estructura bipartita y es más coherente con una estructura unitaria, que reconoce derechamente un triángulo de relaciones contractuales.

En estas circunstancias cabe preguntarse si no sería mejor regular derechamente la estructura de la operación como unitaria, en vez de seguir forzándola en una estructura bipartita que muchas veces resulta incompatible con los resultados que se quieren conseguir, tanto en los ordenamientos que regulan el leasing financiero como en aquellos que no lo hacen.

4.- La concepción que se defiende en este trabajo reconoce en el leasing financiero una unidad económica y jurídica. Ello implica no separar ambos aspectos de la operación, como contradictoriamente hace la concepción bipartita, donde por una parte se hace esta distinción para argumentar contra la concepción unitaria, pero luego se reniega de dicha distinción a fin de compatibilizar los efectos propios del leasing con el efecto relativo del contrato, en especial para justificar la legitimación del usuario contra el proveedor afirmando que si bien son terceros, son parte de la “operación económica de leasing”.

Esta unidad conlleva la existencia de relaciones obligatorias entre las tres partes, todas las cuales resultan unidas por una causa única, de carácter financiero, en cuya virtud la empresa de leasing eroga la suma solicitada por el usuario a favor del proveedor, y la recupera del financiado directo (el usuario) de forma fraccionada, y adicionada con la carga financiera y demás ítems aplicables. El proveedor recibe dicha suma en concepto de

pago de precio de compraventa del bien, a cambio de lo cual escinde sus obligaciones de vendedor, transfiriendo el dominio del bien a la empresa de leasing y cumpliendo todas sus demás obligaciones (básicamente la entrega y la garantía legal y convencional) a favor del usuario, con lo que éste podrá utilizar el bien como si fuese comprador, asumiendo los riesgos asociados a la propiedad, con la posibilidad de convertirse en dueño del bien una vez que reembolse a la empresa de leasing el precio que ésta pago al proveedor.

Esta estructura contractual unitaria no implica entender que las tres partes suscriben un documento denominado “contrato de leasing”, ni desconocer que en la práctica la operación se sigue documentando como si se tratase de dos contratos. Se trata más bien de interpretar de manera conjunta y armónica todos los documentos otorgados (órdenes de compra, facturas proforma y definitivas, contratos, etc.), entendiendo que el aspecto documental no puede prevalecer sobre el aspecto sustancial, que involucra los intereses de las tres partes, y que es perfectamente posible que un solo contrato conste en más de un documento.

En esta relación unitaria adquiere especial relevancia el vínculo jurídico entre usuario y proveedor (negado por la concepción bipartita, al considerarlos terceros), que viene a cerrar el triángulo de relaciones que configuran la estructura unitaria. En este trabajo se propone calificar este vínculo como una relación jurídica de naturaleza contractual de carácter atípico, pero asimilable por analogía a la que existe entre un comprador y un vendedor, relación que se enmarca dentro del complejo de relaciones jurídicas entrecruzadas a que da lugar el contrato trilateral de leasing financiero.

Esta relación contractual deriva, por una parte, de que el proveedor cumple respecto del usuario sus obligaciones de entrega y garantía, y por otra parte, de que ellos son los que negocian y acuerdan los elementos esenciales de la enajenación del bien (características técnicas, precio, lugar y términos de la entrega y condiciones de la garantía, principalmente), en ambos casos comportándose de la misma manera en que lo harían un comprador y su vendedor. Este acuerdo o pacto previo genera obligaciones recíprocas para quienes lo celebran (el usuario se compromete a conseguir el financiamiento de una empresa de leasing para el pago del precio pactado, mientras que el proveedor se compromete a transferir la propiedad del bien a la empresa de leasing en las condiciones acordadas con el usuario y a cumplir respecto de éste las demás obligaciones derivadas de la venta del bien), pero también genera efectos vinculantes para la empresa de leasing, ya que debe basarse en él para establecer los elementos esenciales de la operación, y si

quisiera modificar alguno de los aspectos mencionados deberá contar con el acuerdo de las otras dos partes.

Esta forma de estructurar la operación permite explicar de mejor manera que la concepción bipartita algunos aspectos propios del leasing financiero, y permite cumplir de forma más eficiente la finalidad de respetar el carácter financiero de la operación y legitimar ampliamente al usuario contra el proveedor.

En efecto, al ser los tres intervinientes partes de una misma relación contractual, desaparecen del análisis todos los problemas que en el ámbito de la concepción bipartita genera el principio de efecto relativo del contrato. En concreto, el usuario queda legitimado para ejercitar contra el proveedor todos los remedios que podría invocar un comprador contra su vendedor. De esta manera, la afirmación que en la concepción bipartita resultaba injustificada, aparece ahora fundamentada en una relación jurídica contractual entre usuario y proveedor, lo que hace innecesarias las cláusulas de exoneración y subrogación. La empresa de leasing no tiene nada de qué exonerarse, ya que al no haber duplicidad de obligaciones (entrega y obligación de garantía del proveedor a la empresa de leasing, y luego de ésta al usuario, como se concibe en la concepción bipartita), esta empresa no asume frente al usuario obligaciones relativas al bien, ya que éstas son cumplidas por el proveedor directamente a favor del usuario. Tampoco es necesaria subrogación alguna, ya que el usuario cuenta con una legitimación propia. Ello destierra todos los inconvenientes derivados de las cláusulas de exoneración y subrogación a que antes se ha hecho referencia, tales como los problemas de calificación de las cláusulas; los casos de exoneración sin subrogación; la situación de incertidumbre en que queda el usuario al no tener más facultades contra el proveedor que aquellas otorgadas en dichas cláusulas redactadas unilateralmente por la empresa de leasing; la posibilidad de renunciaciones hechas por la empresa de leasing en el contrato de compraventa que luego afecten al usuario producto de la subrogación (al tener el usuario una legitimación emanada de una relación jurídica propia con proveedor, ésta es independiente de la legitimación de la empresa de leasing, por lo que la renuncia de acciones de ésta no afectará a aquel); y la difícil fundamentación de la legitimación del usuario contra el proveedor en base a la subrogación. Todo ello contribuiría a otorgar mayor seguridad jurídica a las partes de la operación.

Por otra parte, la causa financiera unitaria que supone la estructura propuesta excluye la causa de cambio de goce por precio, ya que las cuotas que paga el usuario a la

empresa de leasing no constituyen la contraprestación por el goce del bien ni se calculan en función del valor de mercado de dicho goce, sino que constituyen el reembolso fraccionado de la suma financiada. De esta manera, al estar desvinculados causalmente el goce del bien y el pago de cuotas, resulta justificado dogmáticamente el principio de irrevocabilidad e independencia, que tanta polémica ha causado en la concepción bipartita, especialmente por los adherentes a la tesis del arrendamiento.

Asimismo, creo que la concepción unitaria se ajusta mejor a los intereses económicos de las partes. Al usuario se le permite utilizar el bien en su proceso productivo reconociéndole la facultad de comportarse como un comprador, es decir, como si fuese dueño del bien (con los beneficios y cargas que ello conlleva), sin perjuicio de tener la posibilidad de llegar a ser propietario pleno si ejercita la opción de compra una vez satisfecha la suma financiada, que en el fondo está constituida por el precio del bien (más los cargos financieros correspondientes). A la empresa de leasing se le permite observar una actuación esencialmente financiera, disminuyendo al mínimo los casos en que se pueda ver envuelta en litigios derivados de problemas con el bien, sin perjuicio de beneficiarse del principio de irrevocabilidad e independencia. El proveedor es el menos afectado con el cambio de perspectiva bipartita a unitaria, ya que en ambos casos deberá cumplir las obligaciones que le corresponden como vendedor, aunque disminuirá su inseguridad jurídica al conocer de antemano el sujeto activo de sus obligaciones y de los remedios que se pueden ejercitar de antemano.

Por último, estimo que la estructura contractual propuesta es también más realista, ya que reconoce derechamente las relaciones jurídicas a que da lugar la operación, sin tratar de encasillarlas a la fuerza en una estructura de dos contratos que no responde a las necesidades prácticas de las partes.

5.- Sobre la base descrita en el punto anterior, en el trabajo se estudian las acciones del usuario por incumplimiento del proveedor, proponiendo un sistema de remedios que estimo apropiado a los intereses de las partes.

Por regla general, lo primero que se configurará es el pacto previo entre usuario y proveedor donde se determinan los aspectos esenciales de la enajenación del bien, que serán presentados a la empresa de leasing que, si los aprueba, financiará la operación en esos términos. El proveedor puede incumplir este pacto negándose a vender el bien, o haciéndolo en condiciones distintas a las acordadas por el usuario. En estos casos, como

este acuerdo tiene naturaleza contractual, el usuario podrá ejercitar contra el proveedor las acciones del art. 1.124 CC, es decir, pedir su cumplimiento (que se condene a vender el bien a la empresa de leasing elegida por el usuario, o a respetar las condiciones de venta pactadas), o su resolución, en ambos casos con indemnización de daños y perjuicios. La resolución merece una mención especial, ya que si el proveedor se niega a vender el bien antes de que el usuario llegue a acuerdo con la empresa de leasing, se podrá resolver el pacto previo solamente (la empresa de leasing no se ha integrado aún a la operación), pero si la negativa se produce una vez que la empresa de leasing ha accedido a la solicitud de financiamiento del usuario, éste debería quedar legitimado para demandar la resolución de toda la operación, es decir, de todas las relaciones jurídicas, ya que todas ellas resultan frustradas. Por otra parte, si el proveedor vende el bien a la empresa de leasing elegida por el usuario pero en condiciones distintas a las pactadas con éste (vende otro bien, otro modelo del mismo, o lo vende a precio distinto del acordado, etc.), el usuario debe quedar legitimado para resolver la operación por incumplimiento de las otras dos partes. Las soluciones propuestas resultan más satisfactorias que las propuestas en la concepción bipartita, donde hay soluciones disímiles derivadas de las distintas posturas acerca de las “tratativas previas” entre usuario y proveedor (en algunos casos se le llega a restar toda trascendencia, dejando al usuario sin tutela), y donde en otros casos se otorga al usuario la posibilidad de resolver el contrato de leasing (por ejemplo, si la empresa de leasing no respeta las instrucciones del usuario), lo que deja vigente el contrato de compraventa, haciendo necesario un segundo juicio donde la empresa de leasing liquide su relación con el proveedor.

Una vez que la empresa de leasing accede a la solicitud de financiamiento y quedan configuradas todas las relaciones jurídicas mediante el otorgamiento de los documentos respectivos, creo que deben estudiarse los remedios del usuario por incumplimiento del proveedor distinguiendo la situación anterior a la aceptación del bien, de la situación que se produce con posterioridad a ella.

Antes de la aceptación del bien podría configurarse una situación de incumplimiento de la empresa de leasing si ésta se niega a adquirir el bien, o compra un bien diferente al singularizado en el pacto previo, o no respeta las condiciones de adquisición emanadas de dicho pacto. En estos casos el usuario podrá ejercitar la acción de cumplimiento contra dicha empresa, o bien la acción de resolución de la operación en las condiciones antes vistas.

Por su parte, el proveedor puede incumplir sus obligaciones no entregando el bien, entregándolo tardíamente o entregando un bien no conforme.

En caso de falta de entrega o de entrega tardía el usuario tiene la facultad de ejercitar la acción de cumplimiento (exigir la entrega del bien), o bien demandar la resolución de la operación, en ambos casos con la correspondiente indemnización de daños y perjuicios. En caso de que el usuario se decida por la resolución, creo que ésta debe extenderse a toda la operación, ya que los efectos que produce la entrega hacen que se trate de una prestación esencial, de lo que se deriva que su incumplimiento frustra todas las relaciones jurídicas insertas en la operación. Ello tanto si la falta de entrega es imputable al proveedor, a la empresa de leasing (por ejemplo, si se niega a adquirir el bien), o si se produce por una causa no imputable a las partes como la destrucción fortuita del bien, o haber llegado a ser física o jurídicamente imposible la entrega. Si la falta de entrega se debe a un hecho imputable al proveedor, la empresa de leasing resulta también legitimada, ya que la entrega satisface su interés (tradición del bien), pero generalmente no le convendrá iniciar un juicio en esta etapa (si la entrega no se ha producido, no ha pagado el precio al proveedor, por lo que seguramente gastaría en el juicio más de lo que podría obtener), de manera que será el usuario quien ejercerá la legitimación, ya que además ha asumido el riesgo de incumplimiento del proveedor. En el hipotético caso de que usuario y empresa de leasing ejercitasen de forma independiente la acción de cumplimiento o de resolución, los juicios deberían acumularse, solucionándose la controversia en un solo pleito. Por otra parte, cuando el usuario ejercite dichas acciones debería demandar también a la empresa de leasing, por darse una situación de litis consorcio pasivo necesario, ya que forma parte de la relación jurídico material controvertida y resultará afectada por la sentencia que se dicte.

Puede advertirse que estos son los mismos efectos que se buscan en la concepción bipartita, pero que allí no logran ser conseguidos satisfactoriamente porque al estructurar la operación sobre la base de dos contratos, existirán dos obligaciones de entrega sucesivas (del proveedor a la empresa de leasing en virtud del contrato de compraventa, y de ésta al usuario en virtud del contrato de leasing), lo que ha provocado una enorme controversia acerca de quién es el legitimado pasivo de las acciones del usuario por falta de entrega: la empresa de leasing como obligada directa, o el proveedor, que es aquel “tercero” a quien normalmente será imputable la falta de entrega, pero que difícilmente puede resultar legitimado pasivo por aplicación del efecto relativo del contrato. Por otra parte, la

resolución se producirá respecto de toda la operación, liquidándose las relaciones en un solo juicio, sin que se produzca una resolución parcial, como es posible en la concepción bipartita (resolución del contrato de leasing o del contrato de compraventa), lo que provocará la iniciación de un segundo juicio que permita liquidar el contrato que quedó vigente, con el gasto público y privado que ello implica.

En caso de entrega de un bien no conforme, el usuario tiene la facultad de rechazarlo frente al proveedor (no frente a la empresa de leasing, como sucede en la concepción bipartita), pudiendo exigir el cumplimiento en su modalidad de sustitución del bien, o bien la resolución de la operación en su conjunto, tal como en el caso de falta de entrega.

Una vez que el usuario acepta el bien por medio de la suscripción del acta de entrega, comienza la etapa de ejecución del contrato, se hace exigible la obligación de pagar el precio al proveedor, se hace exigible la obligación de pagar las cuotas por parte del usuario y las obligaciones del usuario se transforman en irrevocables e independientes.

En esta etapa la insatisfacción del usuario puede derivar de dos tipos de vicisitudes: el riesgo de ser privado del bien en virtud de derechos de terceros, y la posibilidad de la aparición de defectos que hagan el bien impropio para el uso a que está destinado.

En cuanto al riesgo de que el usuario sea privado del bien a causa de derechos de terceros, en la tesis que propongo existe una sola garantía de saneamiento de la evicción que tiene como deudor al proveedor y como acreedora originaria a la empresa de leasing en calidad de adquirente del dominio del bien, sin perjuicio de que sea el usuario quien tome la posición activa, por haber asumido el riesgo de incumplimiento del proveedor y de pérdida del bien. La empresa de leasing, al no obligarse a ceder el goce del bien (sino a comprar el bien y consentir que el proveedor cumpla respecto del usuario sus obligaciones de vendedor), no asume esta obligación de garantía de cara al usuario. De esta manera, si la garantía no fue suprimida, el usuario podrá demandar al proveedor las prestaciones del art. 1.478 CC, más la indemnización de daños propios. Si, en cambio, la garantía fue suprimida, el usuario no podrá reclamar ítem alguno al proveedor si la supresión se hizo con conocimiento de los riesgos de la evicción y sometiéndose el usuario a sus consecuencias. En caso contrario podrá reclamar el precio del bien al tiempo de la evicción (art. 1.477 CC). Todo ello a menos que el pacto de renuncia al saneamiento sea nulo por mala fe del proveedor, en cuyo caso éste deberá responder como si la garantía no hubiese

sido suprimida. La empresa de leasing, por su parte, seguirá cobrando las cuotas en virtud del principio de irrevocabilidad e independencia y de haber asumido el usuario el riesgo de incumplimiento del vendedor.

Esta forma de configurar la garantía resulta mucho más acorde con el carácter financiero de la operación, y mucho más simple que la situación provocada por la estructura bipartita, que supone dos obligaciones de garantía: una del proveedor a la empresa de leasing en virtud del contrato de compraventa, y otra de la empresa de leasing al usuario en virtud del contrato de leasing. Si a ello se agrega el ingrediente del carácter renunciante de cada una de estas obligaciones, y la gran discusión existente respecto de la posibilidad de que la empresa de leasing se exonere de esta obligación legal frente al usuario, tenemos que para poder aclarar la situación en que queda el usuario se requiere distinguir un cúmulo de supuestos disímiles, en algunos de los cuales se requiere de dos juicios sucesivos para liquidar todas las relaciones, mientras que en otros se echa por tierra el carácter financiero de la operación haciendo que la empresa de leasing responda de riesgos extra-financieros.

Si el bien presenta defectos que lo hacen inhábil para ser utilizado en el proceso productivo del usuario, en la tesis que propongo existe una sola garantía de saneamiento por vicios, cuyo deudor es el proveedor y cuyo acreedor es el usuario, quien puede renunciar a dicha garantía. Por su parte, la empresa de leasing, al no obligarse a ceder el goce del bien al usuario, no asume frente a éste obligación de saneamiento alguna. De esta manera, si el usuario renuncia a la garantía, no podrá invocarla con posterioridad, mientras que si no renuncia a ella, podrá ejercitar contra el proveedor las acciones redhibitoria y estimatoria. Sin perjuicio de lo anterior, el usuario podría demandar la resolución de la operación, si se estima posible acudir a la doctrina del *aliud pro alio*. En todos estos casos el usuario actuará en la misma posición que un comprador, con la diferencia que, al tratarse de un contrato trilateral, deberá demandar también a la empresa de leasing por existir una situación de litis consorcio pasivo necesario, ya que la resolución y la redhibición hacen necesario liquidar todas las relaciones jurídicas, mientras que la estimatoria provocará la reducción del precio, debiendo la empresa de leasing recibir el exceso y repercutirlo en forma de rebaja de las cuotas de leasing que cobra al usuario. De esta manera se soluciona en un solo juicio la situación en que quedarán las prestaciones recíprocas.

Nuevamente esta solución es mucho más simple que la que se plantea en la concepción bipartita, en la que también existen dos obligaciones sucesivas de saneamiento (una del proveedor a la empresa de leasing en virtud del contrato de compraventa, y otra de la empresa de leasing al usuario en virtud del contrato de leasing) que son renunciables, lo que obliga a plantearse una serie de situaciones que en algunas ocasiones provocan la necesidad de juicios sucesivos, provocan problemas en relación a las restituciones mutuas, y hacen difícil legitimar individualmente al usuario contra el proveedor en base a la cláusula de subrogación.

Por último, merece la pena hacer algunos comentarios adicionales en relación con algunos remedios en particular.

En lo que respecta a la resolución por incumplimiento del proveedor, sus efectos deben producirse respecto de las tres relaciones jurídicas envueltas en la operación, debido a que las obligaciones del proveedor resultan esenciales para su ejecución normal, por lo que tal incumplimiento frustra todas las antedichas relaciones. Ello constituye una notable diferencia con la concepción bipartita, que concibe la posibilidad de resolver ambos contratos, o sólo el contrato de compraventa, o sólo el contrato de leasing, provocándose en estos dos últimos casos la necesidad de un segundo juicio donde se liquide la relación jurídica vigente.

Lo anterior supone que en la demanda de resolución intentada por el usuario contra el proveedor existe una situación de litis consorcio pasivo necesario de la empresa de leasing. En otras palabras, al tratarse de la resolución de un contrato trilateral se requiere la comparecencia de las tres partes. Ello permite liquidar todas las relaciones jurídicas en un solo juicio, donde el usuario devolverá el bien al proveedor, éste restituirá el precio a la empresa de leasing y ésta restituya las cuotas percibidas al usuario, y si existen diferencias patrimoniales que resolver, se hará mediante la indemnización de daños y perjuicios.

En relación con este último remedio, en la tesis que defiende el usuario, al ser contraparte contractual del proveedor, puede demandar la indemnización de daños propios. En la concepción bipartita ello no es posible (a pesar de que la doctrina parece asumir que sí lo es), ya que ambos son terceros, y como efecto de la subrogación el proveedor no puede quedar frente al usuario en una situación peor a la que estaba frente a su acreedor original (la empresa de leasing). En aplicación de lo anterior, el usuario sólo podrá demandar al proveedor los daños que haya podido sufrir la empresa de leasing, que

normalmente serán mucho menores. A ello se suma el inconveniente de que, producto de la subrogación, la empresa de leasing queda desprovista de legitimación contra el proveedor, por lo que si sufrió algún daño deberá demandar al usuario para que le resarza con la suma percibida del proveedor, y si el usuario no recibió ninguna indemnización, la empresa de leasing nada podrá reclamar. Asimismo, si el usuario sufre daños por mayor monto que la empresa de leasing, deberá demandar a ésta por la diferencia. Con ello se pone nuevamente de manifiesto que el considerar la operación fragmentada en dos contratos distintos trae efectos perjudiciales para todas las partes.

6.- Resulta útil concluir estos comentarios con una reflexión de carácter práctico. La concepción unitaria que se defiende en este trabajo no tiene apoyos hasta ahora en España, donde es mencionada por la doctrina a modo casi anecdótico, y ha sido apenas sugerida por la jurisprudencia.

Por ello estimo que mientras se mantenga esta situación, sería interesante abrir paso a la concepción unitaria haciendo constar todas las relaciones jurídicas en un solo documento en que se reglamenten las obligaciones y legitimaciones recíprocas de las partes. Ello pues al parecer las posiciones más exegéticas dan mucha importancia al factor documental, de forma que si las tres partes comparecen en un mismo documento podría ser más fácil introducir la idea de unidad. Sin perjuicio de ello, mientras continúe la hegemonía de la concepción bipartita, creo conveniente seguir incluyendo, a mayor abundamiento, las cláusulas de exoneración y subrogación, aunque con una redacción más completa que la utilizada en la actualidad, de manera de precaver, dentro de sus estrechos límites, los problemas teóricos y prácticos observados en este trabajo.

Asimismo, el asesor jurídico del usuario puede fundamentar judicialmente su legitimación contra el proveedor en la relación jurídica tripartita aquí defendida, pero debería invocar subsidiariamente la legitimación basada en las cláusulas de exoneración y subrogación (que a estas alturas seguramente será admitida). Por esta vía se podría ir abriendo paso la tesis unitaria en la jurisprudencia, sin dejar al cliente en una situación de desamparo jurídico a costa de defender una postura teórica. Con los clientes no se hace doctrina.

BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR RUIZ, Leonor, *La doctrina de los contratos vinculados en la jurisprudencia: la conexión funcional entre el contrato de arrendamiento financiero o "leasing" y la compraventa del bien arrendado (Comentario a la sentencia del TS de 24 de mayo de 1999 [RJ 1999/3927].* En Revista de Derecho Patrimonial, 2000-1, N° 4, p. 173-178.

ALBALADEJO, Manuel, *Derecho Civil*, Tomo II. Edisofer, Madrid, 2011 (14° ed.).

ÁLVAREZ MARTÍNEZ, Georgina Ivón, *Los grupos de contraltos en el crédito al consumo*. La Ley, Madrid, 2009.

AMERICAN LAW INSTITUTE (ALI) y NATIONAL CONFERENCE OF COMMISSIONERS ON UNIFORM STATE LAWS (NCCUSL), *Official Comment to article 2A*. En "Commercial and debtor-creditor Law selected statutes", Douglas G. Baird, Theodore Eisenberg y Thomas H. Jackson, Foundation Press, St. Paul, 2015.

AMESTI MENDIZÁBAL, Christine, *Sentencias del Tribunal Supremo en relación al contrato de leasing financiero*. En Revista de Derecho Bancario y Bursátil, N° 44, octubre-diciembre 1991, p. 1111-1126.

ANTÓN GUIJARRO, Javier, *Compatibilidad entre las acciones derivadas de los vicios ocultos en la compraventa y las acciones procedentes por el llamado "aliud pro alio": dos visiones jurisprudenciales enfrentadas*. En Revista General de Derecho, 1995, p. 9.733-9.738.

ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE LEASING Y RENTING (AELR), *Modelo de contrato de leasing financiero. Condiciones generales y particulares. Modelo L-AEL*. Aprobado por resolución de la Dirección General de Registros de fecha 2 de febrero de 2000, con modificaciones aprobadas en 16 de octubre de 2008 y 28 de junio de 2013.

BACCIARDI, Edoardo, *Leasing finanziario: La Cassazione apre le porte della tutela dichiarativa all'utilizzatore*. En La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata, 2008, fasc. 6 pag. 737-741.

BACKOVIC, Nikola, *Adopting and adapting the Uidroit Model Law on Leasing*. En Uniform Law Review, UNIDROIT, N° 2010-3/4, p. 861-867.

BELTRÁN ALANDETE, Teresa, *La responsabilidad por vicios ocultos en los contratos de "leasing"*. En La Ley, 1987-1, p. 661-671.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, *Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1990*. En Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, N° 23, abril-agosto 1990, p. 693-705.

BERNÁLDEZ BERNÁLDEZ, Manuel Pedro, *Arrendamiento financiero (contrato de leasing) (Comentario de la sentencia de la Audiencia Territorial de Valencia número 3.023, de 2 de diciembre de 1986)*. En Revista General de Derecho, N° 510, marzo 1987, p. 737-748.

- *Mecanismos financieros para los emprendedores autónomos: los casos de leasing, del factoring y del renting*. En Perspectivas del Sistema Financiero, N° 86, 2006, p. 85-93.

BERNAD MAINAR, Rafael, *A propósito de una pretendida teoría general de los contratos conexos*. En *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N° 720, julio-agosto 2010, p. 1.447-1.484.

BEY, El-Mokhtar, *Les rapports des parties dans la loi type d'UNIDROIT sur la location et la location-financement*. En *Uniform Law Review*, UNIDROIT, N° 2009-2, p. 601-624.

BONDÍA ROMÁN, Fernando, *La subrogación en el crédito*. En AA.VV., "Estudios de Derecho Civil en homenaje al profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo", Bosch, Barcelona, 1993, p. 979-1.015.

BOSS, Amelia, *The future of the Uniform Commercial Code process in an increasingly international world*. En *Ohio State Law Journal*, vol. 68:349, p. 349-402.

BRAZIL, Patrick, *Unidroit rules on international financial leasing – draft to reality*. En *Corporate & Business Law*, vol. 1 (1988), p. 36-52.

BRESLAUER, Peter, *Finance lease, hell or high water clause, and third party beneficiary theory in article 2A of the Uniform Commercial Code*. En *Cornell Law Review*, vol. 77-2, 1992, p. 318-349.

BUITRAGO RUBIRA, José Ramón, *El leasing mobiliario y su jurisprudencia*. Aranzadi, Pamplona, 1998.

- *Leasing financiero: incumplimiento del usuario en la ley 1/2000*. En *Cuadernos de Derecho y Comercio*, n° 34, abril 2001, p. 117-173.

BUONOCORE, Vincenzo, *La locazione finanziaria*. En AA.VV., "Trattato di Diritto Civile e Commerciale", Antonio Cicu, Francesco Messineo, Luigi Mengoni y Piero Schlesinger (dir.), Giuffrè, Milano, 2008.

BURGOS PÉREZ DE ANDRADE, Gumersindo, *El contrato de leasing financiero*. En AA.VV., "Contratos Bancarios y Financieros", Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, p. 353-397.

CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, *La naturaleza del "leasing" o arrendamiento financiero y el control de las condiciones generales*. En *Anuario de Derecho Civil*, enero-marzo 1982, p. 41-120.

- *La configuración del arrendamiento financiero (leasing) por la ley de 29 de julio de 1988, en la jurisprudencia y en el convenio sobre leasing internacional*. En *Anuario de Derecho Civil*, julio-septiembre 1991, p. 961-1018.
- *La resolución del leasing o arrendamiento financiero por presentar vicios los bienes entregados al usuario (Comentario a la STS de 26 de febrero de 1996)*. En *Anuario de Derecho Civil*, enero-marzo 1998, p. 323-340.

CAMERA DI COMMERCIO DI MILANO, *Raccolta provinciale degli usi*. Disponible en http://www.mi.camcom.it/c/document_library/get_file?uuid=09741bd1-6731-47ee-88cf-0ef441cc28c0&groupId=10157 Consulta: 12 de febrero de 2015.

CANO RICO, José Ramón, *Manual práctico de contratación mercantil*, 5º ed., T.II. Tecnos, Madrid, 2002.

CAÑIZARES LASO, Ana, *El pago con subrogación*. Civitas, Madrid, 1996.

CAPPIELLO, Roberto, *Inadempimento del fornitore e responsabilità del concedente*. En *Rivista italiana del leasing e dell'intermediazione finanziaria*, 1989, Nº 3, p. 649-654.

CÁRDENAS GÁLVEZ, Francisco Javier, *El depósito estructurado y la STS de 15 de noviembre de 2012*. En "Compendio y análisis de los principales pronunciamientos del Tribunal Supremo en materia financiera", Héctor Daniel Marín Narros y Francisco Javier Cárdenas Gálvez, Bosch, Barcelona, 2014, p. 31-48.

CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho Civil español, común y foral*. Tomo III. Reus, Madrid, 1992 (16ª edición).

CECCHINI ROSELL, Xavier, *El leasing y la compraventa de bienes muebles a plazos*. EN AA.VV., "Homenaje a Luis Rojo Ajuria. Escritos jurídicos", Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cantabria, Santander, 2002, p. 209-229.

CHAMORRO POSADA, Manuel, *Riesgo legal de la financiación y límites de la autonomía de la voluntad en los contratos bancarios (leasing mobiliario e hipoteca inmobiliaria)*. En *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, Nº 85, enero-marzo-2002, p. 185-214.

CHINDEMI, Domenico, *Trilateralità del contratto di leasing e riduzione del contratto ad equità senza ricorrere all'applicazione dell'art. 1526 C.C.* En *Responsabilità civile e previdenza*, año 1994, p. 182-195.

- *Nota ad App. Milano, 11.10.1994*. En *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, año 1995, Parte I, p. 728-736.
- *Invalidità della clausola di inversione del rischio in caso di mancata consegna del bene nel contratto di leasing*. En *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, año 2000, Parte I, p. 324-329.

CHULIA VICENT Eduardo y BELTRÁN ALANDETE, Teresa, *Aspectos jurídicos de los contratos de leasing*. Bosch, Barcelona, 1989.

CLARIZIA, Renato, *La locazione finanziaria*. G. Giappichelli Editore, Torino, 1996.

- *Model law on leasing*. En *Europa e Diritto Privato*, Nº 4, 2008, p. 969-977.

CLAVERÍA GOSÁLBEZ, Luis-Humberto, *Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 1984*. En *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, Nº 6, septiembre-diciembre 1984, p. 2.027-2.035.

COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA, *Informe sobre el Anteproyecto de ley del Código Mercantil, de 17 de julio de 2014*. Disponible en https://www.cnmc.es/Portals/0/Ficheros/Promocion/Informes_sobre_normativa/2014/201408_IPN_DP_0010_14_CodigoMercantil%20.pdf Consulta: 22 de enero de 2017.

CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, José Luis, *Derecho de contratos*. Bosch, Barcelona, 2003.

CONSEJO DE ESTADO, *Dictamen N° 837/2014, sobre Anteproyecto de Ley del Código Mercantil*, 19 de enero de 2015. Disponible en <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2014-837> Consulta: 20 de enero de 2017.

CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, *Dictamen 5/2014 sobre el Anteproyecto de ley del Código Mercantil*, de 25 de junio de 2014. Disponible en <http://www.ces.es/documents/10180/1339655/Dic052014.pdf> Consulta: 22 de enero de 2017.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Informe al Anteproyecto de ley del Código Mercantil*, de 30 de septiembre de 2014. Disponible en <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/20141007%20Anteproyecto%20de%20Ley%20de%20C%C3%B3digo%20Mercantil%202015.14.pdf> Consulta: 22 de enero de 2017.

CORBO, Nicola, *Autonomia privata e causa di finanziamento*. Giuffrè, Milano, 1990.

CORTÉS, Luis Javier, *Contratos Bancarios (I)*. En AA.VV., “Curso de Derecho Mercantil”, Rodrigo Uría, Aurelio Menéndez, Aranzadi-Civitas, Cizur Menor, 2007 (2ª edición), Tomo II, p. 517-549.

CRISTINA UDA, Adele Maria, *Profili civilistici e modelli contrattuali del leasing d’azienda*. Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2014.

CRISTÓBAL MONTES, Ángel, *La estructura y los sujetos de la obligación*. Civitas, Madrid, 1990.

CUMING, Ronald, *Legal regulation of international financial leasing: The 1988 Ottawa Convention*. En *Arizona Journal on International and Comparative Law*, vol. 7.1, 1989, p. 39-68.

DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina, *La función liquidatoria de la cláusula penal en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Bosh, Barcelona, 1993.

DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo, *La acción de responsabilidad civil*. En AA.VV., “Acciones civiles”, Eugenio Llamas Pombo (dir.), La Ley, Madrid, 2013, Tomo II, p. 705-979.

DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *El negocio jurídico*. Civitas, Madrid, 1985.

DEL OLMO GARCÍA, Pedro, *Pago del tercero y subrogación*. Civitas, Madrid, 1998.

DE LA CUESTA RUTE, José María, *Reflexiones en torno al “leasing”*. En *Revista de Derecho Mercantil*, año 1970, N° 118, p. 533-619.

- *Jurisprudencia sobre el leasing*. En *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, N° 27, octubre-diciembre julio-septiembre 1987, p. 647-664.
- *El contrato de leasing y el concurso de acreedores del usuario*. En AA.VV., “Derecho de sociedades y concurso. Cuestiones de actualidad en un entorno de crisis”. Sonia Rodríguez Sánchez (coord.), Daniel Roque Vitolo (dir.), José Miguel Embid Irujo (dir.), Francisco José León Sanz (dir.), Comares, Granada, 2011, p. 541-555.

DELGADO CORDERO, Ana María, *Contrato de leasing: régimen jurídico, figuras contractuales afines: compraventa a plazos y contrato de renting*. Comentario de la sentencia del TS de 14 de diciembre de 2004 (RJ 2004, 8038). En *Revista de Derecho Patrimonial*, N° 15 (2005), p. 175-182.

DE NOVA, Giorgio, *Il contratto di leasing. Con sentenze ed altri materiali*. Giuffrè, Milano, 1995 (3° edición).

DEKOVEN, Ronald, *The conceptual approach followed by the UNIDROIT model law on leasing*. En *Uniform Law Review*, UNIDROIT, N° 2009-2, p. 625 a 629.

DE PRADA GONZÁLEZ, José María, *Observaciones en torno a algunas cláusulas de los contratos de leasing*. En AA.VV., "Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo", Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, Consejo General del Notariado, Madrid, 1988, vol. II, p. 639-679.

DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón, *Las cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad en el derecho español*. En *Revista de Derecho Patrimonial*, año 2005-2, N° 15, p. 25 a 53.

DÍAZ ALABART, Silvia, *La cláusula penal*. Reus, Madrid, 2011.

DÍAZ ECHEGARAY, José Luis, *El contrato de leasing*. En AA.VV., "Contratos mercantiles", Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), Aranzadi, Cizur Menor, 2004 (2° edición), p. 706-739.

DÍAZ MORENO, Alberto, *Jurisprudencia más destacada sobre: forma de fianza mercantil, fianza por deudas futuras y contrato de leasing y de lease back*. En *Derecho de los negocios*, Año n° 17, N° 188 (2006), p. 45-50.

DÍAZ MUYOR, Manuel, *Arrendamiento financiero y vinculación de contratos (comentario a la STS de 26 de febrero de 1996)*. En AA.VV., "Contratación bancaria", Pedro del Pozo Carrascosa y Manuel Díaz Muyor (coord.), Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 383-408.

DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, Luis, *Fundamentos de Derecho Civil patrimonial*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra).

- Tomo I, Introducción, teoría del contrato, 6° edición, 2007.
- Tomo II, Las relaciones obligatorias, 6° edición, 2008.

DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, Tomo I: El contrato en general. La relación obligatoria. Tecnos, Madrid, 2012 (10° edición).

DI FORTUNATO, Marco, *Vizi della cosa e tutela dell'utilizzatore nel leasing finanziario*. En *Rivista Giuridica Sarda*, año 2012, vol. 1, p. 8-27.

DOMÍNGUEZ PÉREZ, Eva, *Consideraciones en torno al leasing internacional a la luz del Convenio UNIDROIT sobre leasing internacional (Ottawa, 28 de mayo de 1988)*. En *Revista de Derecho Mercantil*, año 2004, N° 254, p. 1.503-1.542.

EMBED IRUJO, José Miguel, *Sobre la naturaleza jurídica del contrato de leasing*. En *La Ley*, 1990-4, p. 710-715.

FELIÚ REY, Jorge, *Cláusula penal: naturaleza de la pena, moderación judicial y su posible configuración como título ejecutivo*. En *Anuario de Derecho Civil*, enero-marzo 2014, p. 169-218.

FENOY PICÓN, Nieves, *Falta de conformidad e incumplimiento en la compraventa (evolución del ordenamiento español)*. Civitas, Madrid, 1996.

FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, María Cristina, *El leasing frente al pacto comisorio: su vulneración por la modificación que la ley 1/2000 ha introducido en la Ley de ventas de bienes muebles a plazos*. En *Revista de Derecho Mercantil*, año 2001, N° 239, p. 201-230.

FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, María Ángeles, *La resolución por incumplimiento en las obligaciones bilaterales*. La Ley, Madrid, 1998.

FERNÁNDEZ VILLA, José, *El pago con subrogación: revisión del artículo 1.212 del Código Civil Español*. Comares, Granada, 1999.

FLORES DOÑA, María de la Sierra, *El leasing financiero internacional en el Tratado Unidroit*. En *Cuadernos de Derecho y Comercio*, N° 40, diciembre 2003, p. 171-208.

FOCHESATO, Enea, *Causa unitaria nell'ambito dell'operazione di leasing finanziario e tutela dell'utilizzatore: una svolta della cassazione?* En *I Contratti*, 2007, N° 4, p. 374-379.

FRADEJAS RUEDA, Olga María, (coord.), *El leasing: formularios usados en la práctica española*. En *Cuadernos de Derecho y Comercio*, N° 36, diciembre 2001, p. 237-266.

GALICIA AIZPURUA, Gorka, *La disciplina sobre el pago por tercero y el alcance de la subrogación*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006.

- *Fiducia, leasing y reserva de dominio*. Reus, Madrid, 2014.

GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, José Antonio, *Los contratos de leasing y factoring*. En AA.VV., "Lecciones de Derecho Bancario y Bursátil", Fernando Zonzunegui (coord.), Colex, Madrid, 2001, p. 307-326.

GARCÍA GARNICA, María del Carmen, *El régimen jurídico del leasing financiero inmobiliario en España*. Aranzadi, Navarra, 2001.

- *Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de enero de 2001*. En *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, N° 23, abril-septiembre 2001, p. 779-798.

GARCÍA SOLÉ, Fernando, *La subrogación en los derechos de la compañía de leasing frente al proveedor o vendedor*. En *Actualidad Civil*, N° 15, semana 10-16 de abril de 1989, p. 1.057-1.071.

- *Leasing. Acción directa del usuario frente al proveedor. Comentario a la STS (Sala 1ª) de 23 de abril de 1991*. En *La Ley*, 1994-1, p. 535-543.

- *El leasing en la práctica mercantil. Aspectos generales.* En Cuadernos de Derecho y Comercio, nº 40, diciembre 2003, p. 263-286.

GARCÍA VILLAVARDE, Rafael, *El leasing en el marco de los contratos parabancarios llamados "de financiación."* En Cuadernos de Derecho y Comercio, nº 40, diciembre 2003, p. 15-38.

GARRIDO, José María, *Código Uniforme de Comercio de los Estados Unidos. Texto oficial. Versión en castellano autorizada por The American Law institute.* Marcial Pons, Madrid, 2002.

GARVIN, Larry, *The changed (and changing?) Uniform Commercial Code.* En Florida State Law Review, vol. 26, p. 285-360.

GASPARRO, Tommaso, *In tema di leasing finanziario e di inversione del rischio contrattuale (Nota a Cass. sez. III civ. 19 febbraio 2008, n. 4235).* En Giurisprudenza italiana, 2009, fasc. 7 p. 1667-1670.

GAVIDIA SÁNCHEZ, Julio Vicente, *La cesión de créditos.* Tirant, Valencia, 1993.

GÓMEZ CALERO, Juan, *Contratos mercantiles con cláusula penal.* Civitas, Madrid, 1983 (2ª edición).

GONZÁLEZ CASTILLA, Francisco, *En torno a las cláusulas de exoneración del arrendador financiero y de subrogación del usuario en las acciones frente al proveedor (Sentencia de 24 de mayo de 1999 (Civil). R.A. 3927/1999).* En Revista de Derecho Mercantil, año 1999, Nº 234, p. 1.772-1.786.

- *Una vez más, la distinción entre el contrato de leasing y la compraventa a plazos.* En Revista de derecho Mercantil, año 2001, Nº 242, p. 2.160-2.172.
- *Leasing financiero mobiliario. Contenido del contrato y atribución del riesgo en la práctica contractual y la jurisprudencia.* Civitas, Madrid, 2002.
- *En torno a las consecuencias de la conexión contractual en el crédito al consumo: la superación jurisprudencial de las exigencias de la ley 7/1995 (Comentario a la STS de 19 de febrero de 2010 (Civil) RJ 2010, 1787).* En Revista de Derecho Mercantil, año 2011, Nº 279, p. 286-298.

GONZÁLEZ VÁSQUEZ, José Carlos, *Contrato de arrendamiento financiero o leasing.* En AA.VV., "Contratos Mercantiles", J.M. de la Cuesta Rute (dir.) y E. Valpuesta Gastaminza (coord.), Bosch, Barcelona, 2009 (2ª edición), Tomo II, p. 1.282-1.329.

GORGONI, Marilena, *Credito al consumo e "leasing" traslativo al consumo.* En Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, año 1992, Nº 4, p. 1.123-1.172.

- *Sulla qualificazione giuridica del leasing.* En Rivista italiana del leasing e dell'intermediazione finanziaria, 1993, Nº 2, p. 468-484.
- *Ancora sulla rilevanza della clausola di esonero da responsabilità del concedente il leasing per inadempimento del fornitore.* En Giurisprudenza italiana, 1994, Parte I, sección 1, p. 1.363-1.372.

GRISAFI, Raffaella, *La legittimazione ad agire del detentore danneggiato e il regime della responsabilità civile nel contratto di leasing.* En La Responsabilità Civile, Nº 10-2012, p. 794-800.

GROSS, Ethan, *The finance lease under article 2A*. En *Detroit College of Law Review*, N° 127, 1993, p. 127-150.

GUISADO MORENO, Ángela, *Reflexiones sobre algunos aspectos relevantes del Anteproyecto de Código Mercantil*. En AA.VV., “Estudios sobre el futuro Código Mercantil. Libro de homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz”, María José Morillas, Pilar Perales Viscasillas y Leopoldo José Porfirio Carpio (dir.), Universidad Carlos III de Madrid, 2015, p. 182-201.

GUTIÉRREZ GILSANZ, Andrés, *Defensa del usuario en el leasing financiero mobiliario*. Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 2003.

HAUCK, Brian, *The Scope of the UNIDROIT Model Law on Leasing*. En *Uniform Law Review*, UNIDROIT, N° 2009-3, p. 631-635.

HEERMANN, Peter, *The structure of lessees` and lessors` remedies regarding finance leases of equipment and personal property under United States and German Law*. En *Loyola of Los Angeles international and Comparative Law Review*, vol. 15, 1993, p. 307-393.

HERNÁNDEZ ARRANZ, Mariano, *La acción directa como instrumento de garantía*. Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2005.

HIDALGO GARCÍA, Santiago, *El contrato y los terceros. Seguro, edificación, crédito al consumo, pactos de exclusiva y subcontratación*. Lex Nova, Valladolid, 2012.

HORTA CORREIA RAMÍREZ, Paulo Nuno, *El contrato de renting (análisis jurídico en el contexto de los actuales instrumentos de financiación)*. Coimbra, Salamanca, 2009.

ILLESCAS ORTIZ, Rafael, *El “leasing”: Aproximación a los problemas planteados por un nuevo contrato*. En *Revista de Derecho Mercantil*, año 1971, N° 119, p. 73-114.

ILLESCAS ORTIZ, Rafael y PERALES VISCASILLAS, Pilar, *Derecho Mercantil Internacional. El Derecho Uniforme*. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2003.

IMBRENDA, Mariassunta, *Il leasing finanziario. Trilateralita funzionale ed equilibrio del rapporto*. Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2005.

- *Il leasing*. En Mariassunta Imbrenda y Francesca Carimini, “Leasing e lease back”, parte de “Trattato di Diritto Civile del Consiglio Nazionale del Notariato”, Pietro Perlingieri (dir.), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2008.

JIMÉNEZ DE PARGA Y CABRERA, Rafael y GISPert PASTOR, María Teresa, *La operación de leasing, ¿es una operación de crédito?* En *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, N° 31, julio-septiembre 1988, p. 487-505.

JORDANO, Juan Bautista, *Contratos mixtos y unión de contratos*. En *Anuario de Derecho Civil*, enero-marzo 1951, p. 321-339.

KRONKE, Herbert, *Financial leasing and its unification by Unidroit*. En "General Reports of the XVIIIth Congress of the International Academy of Comparative Law", Karen B. Brown y David V. Snyder (Editores), Springer, London (New York), 2012, p. 321- 333. También publicado en *Uniform Law Review*, 2011, N° 16, 2011, p. 23-44.

LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Elementos de Derecho Civil. Tomo II, vol. 1: Derecho de Obligaciones. Parte general. Teoría general del contrato*. Dykinson, Madrid, 2011 (5ª edición).

LAWRENCE, William y MINAN, John, *Deviations from the statutory analogues: The new U.C.C. article 2A*. En *The University of Kansas Law Review*, vol. 40, 1992, p. 531-586.

LEVY, David, *Financial leasing under the Unidroit convention and the Uniform Commercial Code: A comparative analysis*. En *Indiana International and Comparative Law Review*, vol. 5, N°2, 1995, p. 267-302.

LLAMAS POMBO, Eugenio, *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño del acreedor*. Trivium, Madrid, 1999.

- *La compraventa*. La Ley, Madrid, 2014.

LÓPEZ FRÍAS, Ana, *Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 1989: Sobre la naturaleza jurídica de la operación de leasing y las relaciones entre las distintas partes intervinientes*. En *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, N° 15, 1988, p. 107-114.

- *Los contratos conexos. Estudio de supuestos concretos y ensayo de una construcción doctrinal*. Bosch, Barcelona, 1994.

MANZANO SOLANO, Antonio, *Sobre la naturaleza jurídica del leasing o arrendamiento financiero*. En *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N° 611, julio-agosto 1992, p. 1.783-1.814.

MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús, *Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 1996*. En *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, N° 41, abril-agosto 1996, p. 741-772.

- *Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 1999*. En *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, N° 51, septiembre-diciembre 1999, p. 1.141-1.153.
- *Crédito al consumo y contratos vinculados. Estudio jurisprudencial*. Aranzadi, Cizur Menor, 2010.
- *Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2010*. En *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, N° 85, enero-abril 2011, p. 245-273.
- *Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2012*. En *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, N° 91, enero-abril 2013, p. 469-490.

MARTÍN CASALS, Miquel y RUDA GONZÁLEZ, Albert, *Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 2003*. En Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, Nº 65, mayo-septiembre 2004, p. 843-859.

MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, Ángel, *La cláusula de exoneración de responsabilidad de la sociedad de leasing en el contrato de arrendamiento financiero*. (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 1999 [RJ 1999, 3927]). En Revista de Derecho Patrimonial, 2000-1, Nº 6, p. 219-232.

MARTÍNEZ MARTÍN, Mauro, *Comentario a la STS de 13 de noviembre de 1995*. En Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, 1996, Nº 41, p. 591-603.

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, María Teresa, *La regulación del leasing mobiliario en el UCC norteamericano*. En Cuadernos de Derecho y Comercio, nº 40, diciembre 2003, p. 41-68.

MEDINA DE LEMUS, Manuel, *Contrato de renting*. En AA.VV., "Jornadas sobre productos financieros actuales", Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1994, p. 75-133.

MINISTERIO DE JUSTICIA, *Orden de 7 de noviembre de 2006, por la que se encarga a la Sección Segunda, de Derecho Mercantil, de la Comisión general de Codificación la elaboración de un nuevo Código Mercantil*. Disponible en http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292427518990?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadername2=Grupo&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DOrden_de_7_de_noviembre_de_2006_por_la_que_se_encarga_a_la_seccion_segunda_de_Derecho_Mercantil_.PDF&blobheadervalue2=Docs_CGC_Propuestas Consulta: 22 de enero de 2017.

MINISTERIO DE JUSTICIA, *Memoria del análisis de impacto normativo del Anteproyecto de ley del Código Mercantil*, 29 de mayo de 2014. Disponible en http://servicios.mpr.es/seacyp/search_def_asp.aspx?crypt=xh%8A%8Aw%98%85d%A2%B0%8DNs%90%8C%8An%87%99%7Fmjro%86og%A3%92 Consulta: 22 de enero de 2017.

MINISTERIO DE JUSTICIA y MINISTERIO DE ECONOMÍA Y COMPETITIVIDAD, *Anteproyecto de ley del Código Mercantil*. Disponible en http://servicios.mpr.es/seacyp/search_def_asp.aspx?crypt=xh%8A%8Aw%98%85d%A2%B0%8DNs%90%8C%8An%87%99%7Fmjro%86og%A3%91 Consulta: 22 de enero de 2017.

MUÑIZ ESPADA, Esther, *Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de enero de 2008*. En Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, Nº 78, septiembre-diciembre 2008, p. 1.349-1.365.

NAVARRO PÉREZ, José Luis, *La cesión de créditos en el Derecho Civil español*. Ibarra de Arce, Córdoba, 1998 (2º edición).

NAVAS NAVARRO, Susana, *El incumplimiento no esencial de la obligación*. Reus, Madrid, 2004.

NARDI, Sandro, *Risarcimento del danno da mancato godimento della cosa concessa in leasing*. En *La Responsabilità Civile*, 4-2012, p. 292-294.

NIMMER, Raymond, *U.C.C. article 2A: The new face of leasing?* En *DePaul Business & Commercial Law Journal*, vol. 3, 2005, p. 559-578.

ORTI VALLEJO, Antonio, *La protección del comprador*. TAT, Granada, 1987.

- *Los vicios en la compraventa y su diferencia con el aliud pro alio: jurisprudencia más reciente*. En *Aranzadi Civil* 1996-I, p. 41-60.

PABLO-ROMERO GIL-DELGADO, Concepción, *Contratos de intercambio de bienes*. En AA.VV., *“Contratos Mercantiles”*, J.M. de la Cuesta Rute (dir.) y E. Valpuesta Gastaminza (coord.), Bosch, Barcelona, 2009 (2º edición), Tomo I, p. 163-307.

PACINI, Fiorello, *Gli usi negoziali in tema di leasing mobiliare*. En *Giurisprudenza di Merito*, 1987, Parte IV, p. 260-263.

PACHECO CAÑETE, Matilde, *El contrato de lease-back*. Marcial Pons, Madrid, 2004.

PANTALEÓN PRIETO, Fernando, *La cesión de créditos*. En *Anuario de Derecho Civil*, octubre-diciembre 1988, p. 1.033-1.131.

PARRA LUCÁN, María Ángeles, *El leasing en la jurisprudencia*. En *Aranzadi Civil* 1994-II, p. XV-XLIX.

- *La función de garantía del leasing financiero*. En *Aranzadi Civil* 2005-III, p. 2.223-2.251.

PASQUAU LIAÑO, Miguel, *La acción directa en el Derecho español*. Editora General de Derecho, Madrid, 1989.

PENNETTA, Anna Livia, *Leasing finanziario e legittimazione dell'utilizzatore ad agire direttamente nei confronti del fornitore*. En *Il Corriere giuridico*, 2007, fasc. 10, p. 1430-1436.

PERALES VISCASILLAS, María Pilar, *La batalla de los formularios en la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías: una comparación con la sección 2-207 UCC y los principios de Unidroit*. En *La Ley*, 1996-6, p. 1.498-1.514.

PÉREZ LÓPEZ DE BRIÑAS, Manuel, *Artículo 329, Artículo 330, Artículo 331, Artículo 332, Artículo 333, Artículo 334, Artículo 335, Artículo 336, Artículo 337, Artículo 338, Artículo 339, Artículo 342*. En AA.VV., “Comentarios al Código de Comercio”, Alberto Sala Reixachs (dir.), Atelier, Barcelona, 2002, Tomo II, p. 1.338-1.370, 1.373-1.378.

PÉREZ RIVARÉS, Juan Antonio, *Algunas consideraciones en torno a la naturaleza del contrato de forward funding*. En Revista de Derecho Mercantil, año 2006, N° 259, p. 237-253.

PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, José Luis, *Arrendamientos mercantiles*. En AA.VV., “Derecho Mercantil”, Guillermo Jiménez Sánchez (coord.), Marcial Pons, Madrid, 2010 (14ª edición), Tomo II, p. 589-597.

PETIT SEGURA, Miguel Ángel, *El “leasing” inmobiliario: Su relación con el Convenio UNIDROIT (Ottawa 1988)*. En Noticias de la Unión Europea, N° 114, julio 1994, p. 81-94.

PURCARO, Dario, *I problemi di struttura del leasing*. En Rivista Italiana del leasing e dell'intermediazione finanziaria, 1987, N° 3, p. 543-559.

- *Struttura del contratto di locazione finanziaria ed effetti della sua risoluzione*. En Giurisprudenza Italiana, año 142, 1990, p. 353-360.
- *La locazione finanziaria. Leasing*. CEDAM, Padova, 1998.

REAL PÉREZ, Alicia, *El leasing: “Un contrato complejo y atípico, regido por sus específicas estipulaciones y de contenido no uniforme.” (Comentario a la STS Sala 1ª, de 26 de junio de 1989. AC núm. 995/1989, pág. 3.471. RA núm. 4.786/1989)*. En Poder Judicial, N° 19, septiembre 1990, p. 235-249.

- “Leasing”: *relación proveedor-concedente-usuario. Resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento. Daños y perjuicios indemnizables*. En Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, N° 26, abril-agosto 1991, p. 499-512.
- *El incumplimiento del proveedor en el marco de la relación jurídica de leasing. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 26 de febrero de 1996 (E.A. Núm. 1.264)*. En Revista de Derecho Privado, mayo 1998, p. 386-422.

REPRESA POLO, María Patricia, *La cesión de créditos: Eficacia entre las partes y respecto de terceros*. Edisofer, Madrid, 2011.

RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, José Ignacio, *El principio de relatividad de los contratos en el Derecho español*. Colex, Madrid, 2000.

RODRÍGUEZ MATEOS, Pilar, *El contrato de leasing mobiliario internacional*. Eurolex, Madrid, 1997.

RODRÍGUEZ ROSALES, Pedro Marcelino, *Leasing. Partes intervinientes en el proceso para la resolución de la compraventa*. En AA.VV., “Contratos Bancarios y Financieros”, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, p. 461-469.

RODRÍGUEZ-ROVIRA, Eduardo, *Incumplimiento de la obligación de entrega en los contratos de leasing. Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 26 de septiembre de 1992*. En Revista de Derecho Bancario y Bursátil, N° 52, octubre-diciembre 1993, p. 1.171-1.182.

ROJO AJURIA, Luis, *La responsabilidad por la entrega, vicios ocultos y pérdida de la cosa en el arrendamiento financiero (leasing)*. En Actualidad Civil, N° 29, semana 14-20 de julio de 1986, p. 2.021-2.032

- *Leasing mobiliario*. Tecnos, Madrid, 1987.

RUBIO GARRIDO, Tomás, *La subrogación por pago. Régimen jurídico y supuestos prácticos de aplicación*. McGraw-Hill, Madrid, 1997.

SÁNCHEZ CALERO, Fernando, *Líneas esenciales para una regulación del contrato de arrendamiento financiero*. En AA.VV., "Jornadas sobre productos financieros actuales", Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1994, p. 13-29.

SÁNCHEZ CALERO, Fernando y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan, *Instituciones de Derecho Mercantil*, vol. II. Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2015, 37º ed.

SÁNCHEZ-PARODI PASCUA, José Luis, *Leasing financiero mobiliario*. Montecorvo, Madrid, 1989.

SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, *Comentario a los artículos 1.209, 1.212 y 1.213*. En AA.VV., "Comentarios al Código Civil y compilaciones forales", Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart (dir.), Edersa, Madrid, 1991, Tomo XVI, vol. 1, p. 774-779 y 789-792.

SANTOS SÁNCHEZ, María Luisa, *Algunos aspectos del leasing o arrendamiento financiero, con especial referencia a las relaciones jurídicas entre los distintos intervinientes de esa operación cuando recae sobre bienes muebles (leasing financiero mobiliario)*. En AA.VV., "Contratos Bancarios y Financieros", Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, p. 471-481.

SCHERMI, Aldo, *Il leasing finanziario e la Convenzione internazionale di Ottawa 28 maggio 1988, resa esecutiva con l. 14 luglio 1993, n. 259*. En Giustizia Civile, marzo 1994, Parte I, p. 725-730.

SCHOENFELD, Steven, *Commercial Law: The finance lease under article 2A of the Uniform Commercial Code*. En Annual Survey of American Law, 1989, p. 565-606.

SCHROTH, Peter, *Financial leasing of equipment in the law of the United States*. En Uniform Law Review, UNIDROIT, N° 2011-1/2, p. 437-467.

SECO CARO, Enrique, *Contenido, incumplimiento y extinción del contrato mercantil de compraventa*. En AA.VV., "Derecho Mercantil", Guillermo Jiménez Sánchez (coord.), Marcial Pons, Madrid, 2010 (14º edición), Tomo II, p. 321-338.

SERRA MALLOL, Antonio, *Consideraciones sobre la naturaleza del contrato de arrendamiento financiero*. En *Revista General de Derecho*, N° 627, diciembre 1996, p. 12.899-12.904.

SOLER PASCUAL, Luis Antonio, *Los contratos vinculados*. En AA.VV., "Venta de bienes fuera del establecimiento mercantil. La carta de revocación", Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, p. 279-337.

SOLER PRESAS, Ana, Artículos 75 y 76. En AA.VV., "La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena", Luis Díez-Picazo y Ponce de León (dir.), Civitas, Madrid, 1998, p. 609-621.

SPAK, Michael, *Pledge allegiance to the code: dodging the draft with liberty and leases for all*. En *Journal of Law and Commerce*, vol. 13, p. 79-95.

STANFORD, Martin, *UNIDROIT's preparation of a model law on leasing: the crossing of new frontiers in the making of uniform law*. En *Uniform Law Review*, UNIDROIT, N° 2009-2, p. 578-598.

- *The Unidroit Model Law on Leasing*. En *Uniform Law Review*, UNIDROIT, N° 2012-1/2, p. 393-400.

STOLL, Hans y GRUBER, Georg, *Damages*. En Peter Schlechtriem e Ingeborg Schwenzer (eds.), "Commentary on the UN convention on international sale of goods", Oxford University Press, Oxford, 2005 (3° edición), p. 745-793.

STONE, Bradford y ADAMS, Kristen David, *Uniform Commercial Code in a nutshell*. Thomsom/West, USA, 2008 (7° edición).

STRAUSS, Robert, *Equipment leases under U.C.C. Article 2A - Analysis and practice suggestions*. En *Mercer Law Review*, vol. 43, 1991-1992, p. 853-867.

SULTANOV, Murat, *The UNIDROIT model law on leasing: an effective new legal framework to support leasing markets in the developing countries*. En *Uniform Law Review*, UNIDROIT, N° 2009-2, p. 637-647.

TENAS ALÓS, Miguel Ángel, *Préstamos con garantía hipotecaria y compraventa de vivienda: vinculación contractual*. En *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N° 747, enero-febrero 2015, p. 149-188.

TORRESI, Filippo Maria, *Breve nota sulla legittimazione dell'utilizzatore del bene concesso in leasing ad agire per il risarcimento del danno cagionato da un terzo*. En *Il Diritto Marittimo*, Vol. 114, fascículo N° 1 (enero-marzo 2012), p. 247-250.

UNIDROIT, *Report on the contract of leasing*. Disponible en <http://www.unidroit.org/english/documents/1975/study59/s-59-01-e.pdf> Consulta: 21 de enero de 2017.

UNIDROIT, *Background to the preparation of the UNIDROIT model law on leasing*. Disponible en <http://www.unidroit.org/english/modellaws/2008leasing/background-modellaw.pdf> Consulta: 21 de enero de 2017.

UNIDROIT, *Official commentary to the UNIDROIT model law on leasing*. Disponible en <http://www.unidroit.org/english/documents/2010/study59a/s-59a-24-e.pdf> Consulta: 21 de enero de 2017.

UNIDROIT, *Draft convention on international financial leasing, as adopted by a Unidroit committee of governmental experts on 30 April 1987, with explanatory report prepared by the Unidroit Secretariat*. Disponible en <http://www.unidroit.org/english/documents/1987/study59/s-59-48-e.pdf> Consulta: 21 de enero de 2017.

UREÑA MARTÍNEZ, Magdalena, *La cláusula penal en el contrato de leasing*. Civitas, Madrid, 2003.

VARA DE PAZ, Nemesio, *Naturaleza y régimen jurídico del contrato de leasing*. En *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, N° 84, octubre-diciembre 2001, p. 193-205.

VATTIER FUENZALIDA, Carlos, *Notas sobre la subrogación personal*. En *Revista de Derecho Privado*, N° 69, 1985, p. 491-514.

VILLAR URIBARRI, José Manuel, *El leasing*. En AA.VV., *“Contratos Bancarios”*, Consejo General del Notariado, Madrid, 1996, p. 59-117.

WANG, Lei, *A legal analysis of financial leasing*. En *Cross-Cultural Communication*, vol. 7, N° 2, 2011, p. 131-137.

WHITE, James, SUMMERS, Robert y HILLMAN, Robert, *Uniform Commercial Code. Practitioner treatise series*, Thomson Reuters, s.l.

- Vol. 2, 6º edición., 2013.
- Vol. 4, 6º edición, 2015.

ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA

1.- ESPAÑA.

A.- Tribunal Supremo.

- 2 de noviembre de 2016 (RJ 2016/5102).
- 28 de septiembre de 2016 (RJ 2016/205811).
- 17 de febrero de 2016 (JUR 2016/42219).
- 30 de diciembre de 2015 (RJ 2015/5879).
- 2 de septiembre de 2015 (RJ 2015/4761).
- 13 de mayo de 2015 (RJ 2015/2246).
- 31 de marzo de 2015 (RJ 2015/1333).
- 10 de marzo de 2015 (RJ 2015/1121).
- 12 de enero de 2015 (RJ 2015/262).
- 22 de mayo de 2014 (RJ 2014/2949).
- 19 de febrero de 2014 (RJ 2014/2505).
- 21 de junio de 2013 (RJ 2013/4980).
- 19 de febrero de 2013 (RJ 2013/2568).
- 15 de noviembre de 2012 (RJ 2013/18).
- 20 de enero de 2012 (RJ 2012/1899).
- 14 de junio de 2011 (RJ 2011/4529).
- 26 de mayo de 2011 (RJ 2011/3987).
- 1 de marzo de 2011 (RJ/2615).
- 22 de febrero de 2011 (RJ 2011/2470).
- 22 de noviembre de 2010 (RJ 2011/564).
- 3 de septiembre de 2010 (RJ 2010/6950).
- 17 de junio de 2010 (RJ 2010/5407).
- 4 de mayo de 2010 (RJ 2010/4365).
- 15 de abril de 2010 (RJ 2010/3536).
- 19 de febrero de 2010 (RJ 2010/1787).
- 11 de febrero de 2010 (RJ 2010/531).
- 25 de noviembre de 2009 (RJ 2010/145).
- 22 de julio de 2009 (RJ 2009/6486).
- 15 de julio de 2009 (RJ 2009/4472).
- 3 de noviembre de 2008 (RJ 2008/5886).
- 8 de julio de 2008 (RJ 2008/3352).
- 18 de junio de 2008 (RJ 2008/4702).
- 25 de enero de 2008 (RJ 2008/307).
- 4 de diciembre de 2007 (RJ 2008/42).
- 27 de junio de 2007 (RJ 2007/3864).
- 13 de julio de 2006 (RJ 2006/4967).
- 29 de junio de 2006 (RJ 2006/5394).
- 2 de febrero de 2006 (RJ 2006/494).
- 31 de octubre de 2005 (RJ 2005/7350).
- 10 de febrero de 2005 (RJ 2005/1405).
- 14 de diciembre de 2004 (RJ 2004/8038).
- 13 de julio de 2004 (RJ 2004/4671).
- 30 de diciembre de 2003 (RJ 2004/426).
- 30 de diciembre de 2003 (RJ 2003/9000).
- 26 de noviembre de 2003 (RJ 2003/8354).

- 9 de julio de 2003 (RJ 2003/4619).
- 14 de mayo de 2003 (RJ 2003/5210).
- 14 de mayo de 2003 (RJ 2003/4749).
- 13 de marzo de 2003 (RJ 2003/2582).
- 6 de marzo de 2003 (RJ 2003/1826).
- 26 de septiembre de 2002 (RJ 2002/7873).
- 11 de junio de 2002 (RJ 2002/5824).
- 21 de enero de 2002 (RJ 2002/19).
- 21 de diciembre de 2001 (RJ 2002/250).
- 20 de diciembre de 2001 (RJ 2001/9375).
- 17 de julio de 2001 (RJ 2001/6860).
- 4 de junio de 2001 (RJ 2001/6655).
- 29 de mayo de 2001 (RJ 2001/3874).
- 28 de mayo de 2001 (RJ 2001/3873).
- 29 de marzo de 2001 (RJ 2001/3189).
- 15 de marzo de 2001 (RJ 2001/3980).
- 25 de enero de 2001 (RJ 2001/1001).
- 19 de enero de 2001 (RJ 2001/1321).
- 21 de noviembre de 2000 (RJ 2000/10429).
- 4 de junio de 2000 (RJ 2000/4399).
- 16 de mayo de 2000 (2000/5082).
- 21 de febrero de 2000 (RJ 2000/1239).
- 15 de febrero de 2000 (RJ 2000/677).
- 7 de febrero de 2000 (RJ 2000/282).
- 3 de febrero de 2000 (RJ 2000/621).
- 19 de enero de 2000 (RJ 2000/139).
- 23 de diciembre de 1999 (RJ 1999/9360).
- 2 de diciembre de 1999 (RJ 1999/9477).
- 20 de noviembre de 1999 (RJ 1999/8615).
- 24 de mayo de 1999 (RJ 1999/3927).
- 22 de octubre de 1998 (RJ 1998/8231).
- 15 de junio de 1998 (RJ 1998/4692).
- 30 de abril de 1998 (RJ 1998/3335).
- 16 de febrero de 1998 (RJ 1998/1165).
- 18 de diciembre de 1997 (RJ 1997/8819).
- 4 de diciembre de 1997 (RJ 1997/8728).
- 28 de noviembre de 1997 (RJ 1997/8273).
- 25 de junio de 1997 (RJ 1997/5210).
- 24 de mayo de 1997 (RJ 1997/4886).
- 12 de marzo de 1997 (RJ 1997/2490).
- 12 de abril de 1996 (RJ 1996 2947).
- 6 de abril de 1996 (RJ 1996/2881).
- 26 de febrero de 1996 (RJ 1996/1264).
- 13 de noviembre de 1995 (RJ 1995/8601).
- 21 de julio de 1995 (RJ 1995/6195).
- 19 de julio de 1995 (RJ 1995/6595).
- 13 de marzo de 1995 (RJ 1995/2422).
- 7 de febrero de 1995 (RJ 1995/1226).
- 5 de marzo de 1994 (RJ 1994/1653).

- 31 de enero de 1994 (RJ 1994/641).
- 30 de junio de 1993 (RJ 1993/5336).
- 8 de julio de 1992 (RJ 1992/6190).
- 5 de marzo de 1992 (RJ 1992/2391).
- 28 de enero de 1992 (RJ 1992-273).
- 11 de noviembre de 1991 (RJ 1991/8152).
- 11 de junio de 1991 (RJ 1991-4445).
- 30 de abril de 1991 (RJ 1991/3115).
- 23 de abril de 1991 (RJ 1991/3021).
- 22 de abril de 1991 (RJ 1991/3017).
- 19 de noviembre de 1990 (RJ 1990/8984).
- 21 de septiembre de 1990 (RJ 1990/6899).
- 28 de mayo de 1990 (RJ 1990/4092).
- 12 de mayo de 1990 (RJ 1990/3705).
- 17 de marzo de 1990 (RJ 1990/1705).
- 12 de marzo de 1990 (RJ 1990/1690).
- 29 de noviembre de 1989 (RJ 1989/7922).
- 27 de junio de 1989 (RJ 1989/4787).
- 26 de junio de 1989 (RJ 1989/4786).
- 7 de noviembre de 1988 (RJ 1988/8421).
- 13 de febrero de 1988 (RJ 1988/1985).
- 23 de octubre de 1984 (RJ 1984/4972).
- 29 de mayo de 1984 (RJ 1984/2804).
- 18 de noviembre de 1983 (RJ 1983/6487).
- 11 de enero de 1983 (RJ 1983/163).
- 26 de noviembre de 1982 (RJ 1982/6933).
- 23 de septiembre de 1982 (RJ 1982/4922).
- 19 de mayo de 1982 (RJ 1982/2581).
- 10 de abril de 1981 (RJ 1981/1532).
- 28 de marzo de 1978 (RJ 1978/852).
- 23 de junio de 1965 (RJ 1965/3911).
- 8 de marzo de 1963 (RJ 1963/1628).

B.- Tribunales Superiores de Justicia, Audiencias Provinciales y Audiencias Territoriales.

- Audiencia Provincial de Pontevedra, 20 de marzo de 2017 (JUR 2017/123517).
- Audiencia Provincial de Sevilla, 9 de marzo de 2017 (JUR 2017/136948).
- Audiencia Provincial de Madrid, 10 de febrero de 2017 (JUR 2017/74055).
- Audiencia Provincial de Almería, 23 de diciembre de 2016 (JUR 2017/87686).
- Audiencia Provincial de Girona, 12 de marzo de 2010 (JUR 2010/176713).
- Audiencia Provincial de Barcelona, 31 de octubre de 2008 (JUR 2009/35093).
- Audiencia Provincial de Madrid, 26 de junio de 2007 (AC 399/2007).
- Audiencia Provincial de Toledo, 19 de junio de 2001 (AC 2001/1462).
- Audiencia Provincial de Girona, 11 de julio de 2000 (JUR 2000/295221).
- Audiencia Provincial de Castellón, 31 de mayo de 1999 (AC 1999/1045).
- Audiencia Provincial de Cáceres, 14 de diciembre de 1998 (AC 1998/8480).
- Audiencia Provincial de Castellón, 21 de octubre de 1998 (AC 1998/2269).
- Audiencia Provincial de Cantabria, 15 de enero de 1997 (AC 1997/102).
- Audiencia Provincial de Guadalajara, 27 de noviembre de 1996 (AC 1996/2132).

- Audiencia Provincial de Toledo, 9 de enero de 1996 (AC 1996/136).
- Audiencia Provincial de Barcelona, 12 de mayo de 1995 (AC 1995/1142).
- Audiencia Provincial de Salamanca, 14 de febrero de 1995, (AC 1995/296).
- Audiencia Provincial de Jaén, 14 de diciembre de 1994 (AC 1994/2302).
- Audiencia Provincial de Murcia, 19 de octubre de 1994 (AC 1994/1813).
- Audiencia Provincial de Badajoz, 2 de junio de 1994 (AC 1994/971).
- Audiencia Provincial de Barcelona, 25 de mayo de 1994 (AC 1994/890).
- Audiencia Provincial de Asturias, 18 de enero de 1994 (AC 1994/193).
- Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, 26 de septiembre de 1992 (AC 1992/276).
- Tribunal Superior de Justicia de Navarra, 22 de mayo de 1992 (RJ 1992/6198).
- Audiencia Provincial de Madrid, 1 de octubre de 1987 (AC 1987/644).
- Audiencia Territorial de Valencia, 2 de diciembre de 1986 (RAJ 1986/7157).
- Audiencia Provincial de Barcelona, 5 de julio de 1986 (573/1985).

C.- Jurisprudencia administrativa.

- DGRN, Resolución N° 8659/2016, de 28 de julio.
- DGRN, Resolución N° 1797/2005, de 29 de enero.
- DGRN, Resolución N° 8157/1998, de 26 de octubre.

2.- CORTE DE CASACIÓN DE ITALIA.

- 12 de enero de 2011 (534).
- 12 de octubre de 2010 (21011).
- 19 de febrero de 2008 (4235).
- 16 de noviembre de 2007 (23794).
- 27 de julio de 2006 (17145).
- 19 de mayo de 2006 (11776).
- 1 de octubre de 2004 (19657).
- 12 de marzo de 2004 (5125).
- 1 de julio de 2002 (9554).
- 26 de enero de 2000 (854).
- 2 de noviembre de 1998 (10926).
- 16 de mayo de 1997 (4367).
- 3 de abril de 1997 (2885).
- 11 de julio de 1995 (7595).
- 30 de mayo de 1995 (6076).
- 21 de junio de 1993 (6862).
- 17 de mayo de 1991 (5571).
- 13 de diciembre de 1989 (5569).
- 13 de diciembre de 1989 (5570).
- 13 de diciembre de 1989 (5571).
- 13 de diciembre de 1989 (5572).
- 13 de diciembre de 1989 (5573).
- 13 de diciembre de 1989 (5574).
- 6 de mayo de 1986 (3023).
- 21 de enero de 1982 (397).

3.- ESTADOS UNIDOS.

- LAWRENCE CRAWFORD ASS'N FOR EXCEPTIONAL CITIZENS v. CONVERSOURCE, INC., Appellate Court of Illinois, Fifth District, 15 de agosto de 2012.
- C & J VANTAGE LEASING CO. v. WOLFE, Supreme Court of Iowa, 4 de marzo de 2011.
- FIELDTECH AVIONICS & INSTRUMENTS, INC. v. COMPONENT CONTROL COM., INC., Court of Appeals of Texas, Second District, Fort Worth, 7 de agosto de 2008.
- WELLS FARGO FIN. LEASING, INC. v. MT. RENTALS OF GATLINBURG, Court of Appeals of Tennessee, at Knoxville, 29 de octubre de 2007.
- DE LAGE LANDEN FIN. SERVS. V. CRICKET'S TERMITE CONTROL, INC., Court of Appeal of Florida, Fifth District, 1 de diciembre de 2006.
- UNITED STATES ACHIEVEMENT ACAD., LLC v. PITNEY BOWES, INC., United States District Court for the Eastern District of Kentucky, 18 de octubre de 2006.
- DIRECT CAPITAL CORP. v. NEW ABI, INC., Supreme Court of New York, Kings County, 4 de octubre de 2006.
- MICHAEL R. WHITE & ASSOCS. V. JAWAD (In re Jawad), United States Bankruptcy Appellate Panel for the Ninth Circuit, 9 de mayo de 2006.
- EUREKA BROADBAND CORP. v. WENTWORTH LEASING CORP., United States Court of Appeals for the First Circuit, 7 de marzo de 2005.
- LYON FIN. SERVS. V. PROTECH PLUMBING & HEATING, INC., Court of Appeals of Minnesota, 2 de marzo de 2004.
- JAZ, INC. v. FOLEY, Intermediate Court of Appeals of Hawai'i, 3 de febrero de 2004.
- DUKE ENERGY ROYAL, LLC v. PILLOWTEX CORP. (In re Pillowtex, Inc.), United States Court of Appeals for the Third Circuit, 10 de abril de 2003.
- HINKEL EXCAVATION & CONSTR., INC. v. CONSTR. EQUIP. INT'L, LTD, United States District Court for the Northern District of Iowa, Western Division, 10 de abril de 2001.
- FIRST FED. FIN. SERV. V. DERRINGTON'S CHEVRON, INC., Court of Appeals of Wisconsin, 22 de septiembre de 1999.
- GE CAPITAL CORP. v. NATIONAL TRACTOR TRAILER SCH., Supreme Court of New York, Onondaga County, 17 de noviembre de 1997.
- FIN. PAC. CO v. QUINN, Court of Appeals of Washington, Division Two, 24 de octubre de 1997.
- IN RE EDISON BROS. STORES, United States Bankruptcy Court for the District of Delaware, 3 de abril de 1997.
- SPECTRUM PRESS v. GARRET, Circuit Court of the City of Richmond, Virginia, 26 de septiembre de 1996.
- ADDISON v. BURNETT, Court of Appeal of California, Sixth Appellate District, 18 de enero de 1996.
- VACATION VILLAGE v. HITACHI AM., Supreme Court of Nevada, 19 de mayo de 1994.
- WIGHT v. AGRISTOR LEASING, United States District Court for the District of Kansas, 6 de enero de 1987.
- EARMAN OIL CO. v. BURROUGHS CORP., United States Court of Appeals for the Fifth Circuit, 19 de septiembre de 1980.

- CITICORP LEASING INC. v. ALLIED INSTITUTIONAL DISTRIBUTORS INC., United States District Court for the Western District of Oklahoma, 15 de diciembre de 1977.
- ATLAS INDUSTRIES INC. v. NATIONAL CASH REGISTER CO., Supreme Court of Kansas, 25 de enero de 1975.

ÍNDICE DE LEGISLACIÓN

I. LEGISLACIÓN ESPAÑOLA Y TRATADOS INTERNACIONALES SUSCRITOS POR ESPAÑA.

- Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial, publicada en el B.O.E. de 28 de abril de 2015.
- Real Decreto 84/2015, de 13 de febrero, por el que se desarrolla la ley de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, publicado en el B.O.E. de 14 de febrero de 2015.
- Ley 27/2014, de 27 de noviembre, sobre impuesto de sociedades, publicada en el B.O.E. de 28 de noviembre de 2014.
- Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, publicada en el B.O.E. de 27 de junio de 2014.
- Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la ley de contratos del sector público, publicado en el B.O.E. de 16 de noviembre de 2011.
- Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias, publicado en el B.O.E. de 30 de noviembre de 2007.
- Orden Ministerial de 19 de julio de 1999, que aprueba la Ordenanza para el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles, publicada en el B.O.E. de 20 de julio de 1999.
- Ley 28/1998, de 13 de julio, de venta a plazos de bienes muebles, publicada en el B.O.E. de 14 de julio de 1998.
- Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, publicada en el B.O.E. de 14 de abril de 1998.
- Real Decreto 692/1996, de 26 de abril, sobre el Régimen Jurídico de los Establecimientos Financieros de Crédito, publicado en el B.O.E. de 24 de mayo de 1996.
- Convención de Viena sobre contratos de compraventa internacional de mercaderías, publicada en el B.O.E. de 30 de enero de 1991.
- Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito, publicada en el B.O.E. de 30 de julio de 1988 (derogada).
- Ley 50/1980, de 8 de octubre, de contrato de seguro, publicada en el B.O.E. de 17 de octubre de 1980.
- Real Decreto Ley 15/1977, de 25 de febrero, sobre medidas fiscales, financieras y de inversión pública, publicado en el B.O.E. de 28 de febrero de 1977 (derogado).
- Ley 50/1965, de 17 de julio, sobre venta de bienes muebles a plazos, publicada en el B.O.E. de 21 de julio de 1965 (derogada).
- Código Civil de España, publicado en el B.O.E. de 25 de julio de 1889.
- Código de Comercio de España, publicado en el B.O.E. de 16 de octubre de 1885.

II. LEGISLACIÓN EXTRANJERA, TRATADOS INTERNACIONALES NO SUSCRITOS POR ESPAÑA E INSTRUMENTOS DE DERECHO UNIFORME.

- Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales. Versión 2016. Disponible en <http://www.unidroit.org/unidroit-principles-2016/official-languages/english-integral> Consulta: 27 de abril de 2017.
- Uniform Commercial Code, artículos 2 (Sales) y 2A (Leases). Versión 2011.
- Ley modelo Unidroit de leasing, aprobada el 13 de mayo de 2008. Versión en español publicada en <http://www.unidroit.org/leasing-model-lwa-other/arabic-model-law-leasing-esp-2> Consulta: 27 de abril de 2017.
- Principios de Derecho contractual europeo. Partes I y II. Versión en español publicada en <http://campus.usal.es/~derinfo/Material/LegOblContr/PECL%20I+II.pdf> Consulta: 27 de abril de 2017.
- Decreto Legislativo de 1 de septiembre de 1993, N° 385, Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia. Disponible en <https://www.bancaditalia.it/compiti/vigilanza/intermediari/Testo-Unico-Bancario.pdf> Consulta: 27 de abril de 2017.
- Ley 16.072, sobre Instituciones Financieras, publicada en el Diario Oficial de Uruguay de 10 de noviembre de 1989. Disponible en <https://legislativo.parlamento.gub.uy/temporales/leytemp1427327.htm> Consulta: 27 de abril de 2017.
- Convención Unidroit sobre arrendamiento financiero internacional, adoptada la Conferencia Diplomática llevada a efecto en Ottawa el 9 al 28 de mayo de 1988. Versión en español publicada en <http://www.unidroit.org/leasing-convention-other/leasing-convention-spa> Consulta: 27 de abril de 2017.
- Ley N° 183 de 2 de mayo de 1976, de Disciplina dell'intervento straordinario nel Mezzogiorno per il quinquennio 1976-80, publicada en la Gazzetta Ufficiale de 8 de mayo de 1976 (derogada). Disponible en http://www.gazzettaufficiale.it/atto/serie_generale/caricaDettaglioAtto/originario?atto.dataPubblicazioneGazzetta=1976-05-08&atto.codiceRedazionale=076U0183&elenco30giorni=false Consulta: 28 de abril de 2017.
- Código Civil de Italia, dictado mediante Regio Decreto de 16 de marzo de 1942, N° 262, publicado en la Gazzetta Ufficiale de 4 de abril de 1942. Disponible en <http://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:regio.decreto:1942-03-16;262> Consulta: 27 de abril de 2017.